POR DOÑA BEATRIZ Romero, viuda de Rodrigo de Molina.

EN EL PLEYTO CON

El Liceciado Francisco del Castillo, vezino de la villa de Marchena.

RESPUESTA

A la informació que se ha dado por parte del Licenciado Francisco del Castillo.



N La alegacion primera de doña Beatriz Romero se funda la prelacion que en virtud de su nombramiento tiene ael Licenciado Francisco del Castillo enel derecho del arrendamiento del cortijo de Banximeno, por las dos vidas que los Beneficiados de la Iglesia parroquial de la dicha villa prorrogaron en fauor del dicho Rodrigo de Molina. Y porque se pretéde que el derecho de la vna le pertenece iure proprio por ser la prorrogacion constante el matrimonio entre los dichos Rodrigo de Molina, y doña Beatriz, se referirà lo que ay en el hecho en quanto a este derecho, y como està deduzido.

2 ¶ Por testimonio presentado visto este pleyto consta que en veinti vno de Abril de mil y seisciétos y diez, se casaron

ſaron los dichos Rodrigó de Molina, y doña Beatriz Romero, y que duraſſe el matrimonio deſpues del año de ſeiſcientos y treinta y quatro, prueua el vltimo nombramiento que hizo Rodrigo de Molina en veinti nueue de Otubre de mil y ſeiſcientos y treinta y quatro.

3 ¶ Y por vna eſcritura preſentada aſsimiſmo viſto eſte pleyto, parece que en la villa de Marchena en nueue de Diziembre de mil y ſeiſcientos y veinti nueue, el Licenciado Alonſo Ximenez Montiel, Vicario y Beneficiado delas Igleſias de la dicha villa, prorrogó en fauor de el dicho Rodrigo de Molina el arrendamiento del dicho cortijo por otras dos vidas que nombraſſe en ſu teſtamnnto, ó fuera del por eſcritura. Y haze relacion cómo en tres de Iunio del año paſſado de mil y ſeiſcientos y veinte, los demas Beneficiados auian hecho la miſma prorrogacion, la qual ſe acetó por el dicho Rodrigo de Molina: con que ſe concluye auer ſido eſta conceſsion y prorrogacion conſtante el matrimonio.

4 ¶ Que eſte derecho eſtè deduzido y conteſtado deſde la primera inſtancia, no es dudable, porque en vna peticion que eſtâ fol. 25. de lo compulſado, preſentada por la dicha doña Beatriz en tres de Setiembre de ſeiſcientos y treinta y cinco, lo pidio, ibi: *A todo lo qual ayuda el ſer aſsi, que las dos vidas en que hizo la dicha eleccion y nombramiento, ſe dieron y prorrogaron durante nueſtro matrimonio, y aſsi la vna es mia y ſu aprouechamiẽto, y en la otra pudo variar.* Pidio ſe proueyeſſe como tenia pedido.

5 ¶ Y ſe conteſtó por el dicho Licenciado Franciſco del Caſtillo en peticion que eſtà fol. 22. que aunque eſtà antes de la referida, es póſterior, y preſentada deſpues della en veinti dos de Otubre del dicho año de treinta y cinco, fol. 24. ibi: *Y porque en el nombramiento que ſe hizo por los Beneficiados a Rodrigo de Molina marido de la parte contraria, por dos vidas del dicho cortijo, no tuuo parte la dicha doña Beatriz, porque ſe hizo a el ſolo, y la propiedad es de los dichos Beneficiados, y aſsi a el ſolo le pertenecio nõbrar en las dichas dos vidas, como lo hizo.* Et ibi: *Y aun quando eſtuuieramos en caſo que fueran bienes ganancíales, que no ſon el marido durante el matrimonio puede enagenarlos, y por ello no le pudiera pertenecer a la dicha doña Beatriz, ni aun vna de las dos vidas que pretende. Suplico a V.m. ſin embargo de ſus alegaciones, mande hazer en eſta cauſa en todo como tengo pedido, denegando lo de contrario.*

6 ¶ Y auiendoſe ſentenciado la cauſa por la juſticia ordinaria, y apeladoſe a los juezes de apelaciones de aquella

A

villa,

villa se boluio à deduzir este derecho, alegãdose por la dicha doña Beatriz en peticion presentada en veynte de Mayo de 36. que está fol. 33. que se auia de *declarar ser la vna de las dos vidas en que lo nombró suya, por auerse contraydo durante el matrimonio.* Y en el fol. 34. en la misma peticion se propusieron muchas razones en orden a este derecho.

7 ¶ El qual se boluio a contestar por Licenciado Francisco del Castillo en la peticion que presentò en respuesta de la referida en veynte y nueue de Mayo de 36. que está fol. 36. y en esta misma peticion a fol. 38. alegô muchas razones para excluyr esta pretension, cõcluyendo, que se denegasse a la dicha doña Beatriz lo que pedia.

8 ¶ Y aunque en las peticiones presentadas en esta Corte no está expressado este derecho, está comprehendido, porque en la peticion de agrauios de doña Beatriz se pide reuocacion de las dichas sentẽcias, y que se prouea en todo como tiene pedido, por lo que está dicho y alegado, en que se afirma. Y en la conclusion se comprehendio, ibi: *Prouea en todo como por mi parte està pedido*, la peticion de la justicia por el dicho Licenciado Francisco del Castillo, presentada en esta Corte, tiene la misma comprehension.

9 ¶ Esto supuesto la justicia de la dicha doña Beatriz se reduze a tres principales fundamentos. El primero, que el dicho Rodrigo de Molina pudo hazer el segundo nombramiento en su fauor, y que con el quedô el primero reuocado, porque la facultad de nombrar le competio por contrato, y este se funda en nuestra primera informacion á num. 8. El segundo, que aunque fuesse irreuocable el primer nombramiẽto, deue ser preferida la dicha doña Beatriz, por auersele adquirido la possession y derecho de dominio, y se comprueua en su primera alegacion á num. 18. El tercero, que en caso que estos dos derechos le faltassen, el que tiene iure proprio para obtener en la vna de las dichas dos vidas, por auer sido la prorogacion de ambas constante el matrimonio, no es dudable.

10 ¶ A los quales se responde por el Abogado contrario, diuidiendo su informacion en respuestas destos fundamentos, por lo qual, y mayor claridad desta replica, seguiremos en ella la misma diuision.

Replica

Replica y satisfacion de las respuestas y argumentos que se oponen al primero fundamento.

11 ¶ La facultad de elegir que tuuo el dicho Rodrigo de Molina fue concedida por contrato, como se haze relacion en los nombramientos de que ambas partes se valen, y prueua la escritura presentada visto este pleyto, que se refirio supra nu. 3. en que se hizo la prorogacion del arrendamiento por tiempo de dos vidas, y assi pudo variar del primer nombramiento, y elegir a la dicha doña Beatriz, como se funda in prima nostra allegatione num. 8. & 9. porque la distincion comũ de todos los Dotores permite variacion al que elige en virtud de facultad, que compete por contrato, y se le prohibe al que la tiene ex testamento, la qual impugna el Abogado contrario desde el num. 17. hasta el 54. de su alegacion, porque no ay fundamento legal para la distincion, y como en el vltimo caso della no es licito variar, ex l. serui electione 5. ff. de legat. 1. l. huiusmodi 86. §. stichum, eodem titul. l. statuliberum 11. §. stichum, ff. de legat. 2. l. apud aufidium 20. ff. de opt, legat. lo mismo ha de proceder en el primero, que es el nuestro.

12 ¶ Et vt nulla dubitandi ratio maneat fundamenta, & authores prædictæ distinctionis referam, posteaque contrarijs satisfaciam.

13 ¶ El fundamento y razon desta distincion es, que eligiendose en virtud de facultad, quæ ex testamento competit, dominium statim sine traditione acquiritur, l. apud aufidiũ, ff. de optione legat. ibi: *Quim etiam res continuo eius fit, simul ac dixerit, eam se sumere*, gloss. verbo, *vollam*, ibi: *Dominium statim est legatarij*, in l. si quis stipulatus 112. ff. de verbor. obligat. vbi Alexand. num. 6. in fine, Bart. in l. eum qui certarum, §. fin. nu. 2. ff. eod. tit.

14 ¶ Quia vltima voluntas secum recta via executioné trahit, l. á Titio 66. ff. de furtis, gloss. verbo, *possumus*, in l. serui electione, ff. de legat. 1. ibi: *Hic in vltimis voluntatibus, in quibus est secus, ex quo in eis electio trahit secum executionem*, vbi Bart. Paul. Ias. & Ripa, gloss. etiam, in l. huiusmodi 86. §. stichum, verbo, *non poterit*, ff. de legat. 1. & in l. statuliberum 11. §. stichum, de legat. 2. verbo, *non poterit*.

15 ¶ Lo qual cessa en la eleccion hecha por facultad ex contractu,

contractu, quia ex eo dominium sine traditione, & actuali executione non acquiritur, l. traditio 20. ff. de acquir. rer. domin. l. traditionibus, C. de pactis; §. per traditionem, instit. de rer. diuis.

16 ¶ Es assimismo razon desta distincion, y mas general, quod vltima voluntas non potest in pendenti esse, quod in contractibus inconueniens nō est, l. fin. ff. communia prædior. Bart. in l. eum qui certarum, §. fin. num. 2. ff. de verbor. obligat. ibi: *Ratio est, quia vltimæ voluntates non possunt esse impendēti, & ista est magis generalis ratio*, idem Bart. in l. si quis stipulatus 112. nu. 1. ff. eodem, vbi Paul. n. 3. in fine, Alex. nu. 7. ibi: *Quia vltimæ voluntates non possunt esse impendenti sicut contractus*, Immol. in d. l. eum qui certarum, §. fin. circa fin. Rippa, in l. serui electione, n. 15. ff. de leg. 1. Gregor. in l. 25 tit. 9. par. 6. glos. 1. in princip.

17 ¶ Por los fundamentos referidos, y por la razō de dezidir del §. cum purè, in l. eum qui certarum 138. ff. de verbor. obligat. ibi: *Licebit tibi quoties volles mutare voluntatem*, hanc distinctionem defendunt Accursius, in l. iam dubitari 89. verbo, *Velut excessus*, in fi. ff. de hæredib. instit. & in l. serui electione 5. ff. de leg. 1. glos. *Possumus*, ibi: *Dic quod ibi in contractibus*, vbi Bar. num. 2. Paul. num. 2. Bald. num. 1. Ias. num. 11. Rippa, nu. 15. ibi: *Tertio fallit in contractibus, in quibus electio est variabilis*, gl. etiā verbo, *Non poterit*, in l. huiusmodi 86. §. stichum, ff. de leg. 1. ibi: *In stipulatione secus*, glos. in l. statu liberum, §. stichum, ff. de leg. 2. verbo, *Non poterit*, ibi: *Illa in contractibus*.

18 ¶ Bart. in d. l. eum qui certarum, § fin ff. de verbor. obligat. nu. 2. ibi: *Ibi in vltima voluntate, hic in contractibus*, vbi Paul. nu. 2. vers. *Aut loquimur in contractibus*, & Ioan. de Immola, vers. *In eadem glos. ibi in legato non est vis*; Alexan. in l. si quis stipulatus 112. ff. eodem titul. num 6. & 7. Immola, num. 1. vers. *Et ideo generaliter*, Castrensis, num. 3. Aretin. in l. qui ex pluribus 106. num. 2. ff. de verb. obliga. Tiraquel. in l bobes, §. hoc sermone, limit. 15. num 9. ff. de verbor. significa. Simon de Prætis, de interpret. vltim. volunt. lib. 1. interpret. 1. dubit 5. solut. 3. à n. 2. Riminald. iuni. cons. 111. Anton. Thesaur. quæst. for. quęst. 65. num. 7. lib. 1.

19 ¶ Gregorius, in l. 25. tit. 9. par. 6. glos. 1. Ant. Gomez, in l. 40. Taur. num. 50. Domin. Molin. lib. 2. ca p. 4. nu. 35 ibi: *Si electio competit ex contractu, eligens variare poterit*, vbi Additionatores, ibi: *Ab auctoris sententia in praxi non est recedendum*, Mieres, p. 1. quæst. 48. num. 178 Domin. Paz, de tenuta, p. 1. cap. 34. à num. 60. Cancerio, variar. tom. 3. cap. 7. num. 374. Flores

de Mena, variar. lib. 3. quæst. 22. y aunque a num. 13. tratò de impugnarla in num. 30. la reconoce por comun, y que se ha de seguir en practica, ibi: *Licet in praxi durum esset recedere à communi resolutione.*

20 ¶ Y en terminos de nuestro caso, Aluar. Valasco, consult. lib. 1. consultat. 102. à num. 16. vbi mirabiliter comprobat, Caldas Pereira, de nominat. emphit. lib. 2. quæst. 10. n. 83. vers. *Ex quibus elegarter infero*, & num. 84. & lib. 3. cap. 2. nu. 6. & 7. ibi: *Qui planè fatentur in hoc vltimas voluntates à contractibus sine vlla difficultate differre.* Gabriel Pereira, decis. 9. Domin. Castillo, lib. 5. cap. 80. à num. 12. nu. 18. ibi: *Prætereà, & quarto loco facit, nominandi ius, aut facultatem in casu præsenti competere ex concessione facta inter viuos, siuè ex contractu, quia domus data fuit per scripturam, & contractum inter viuos en arrendamiento de por vida, prout communiter dantur in hac Hispalensi ciuitate, atque ideò licitum fuisse variare, & à prima nominatione recedere, aliamque facere nominationem.* Et ibi: *Distinguendum esse, quod aut electio, seu nominandi facultas competit ex contractu, vel ex vltima voluntate, si electio competit ex contractu eligens, vel nominans variare poterit*, y assi no se puede dudar que la eleccion que compete ex contractu sea variable, pues lo cõfiessan los mas graues Autores de la jurisprudencia, teniendola por comun resolucion.

21 ¶ La qual procede aunq̃ se vse de la facultad, y se haga la eleccion en contrato: porque la disposicion de la l. incommodato, §. sicut, ff. commodati, l. sicut, C. de actionib. & oblig. que haze preciso, y obligatorio, lo que antes del contrato fue voluntario, no tiene lugar en los cõtratos sui natura variables, ex eo quod sola natura contractus, & nõ ius, quod ex illo acquiritur, eos irreuocabiles facit, vt subtiliter excogitabit Baldus, in d. l. sicut, C. de actionibus, & obligat. num. 6. ibi: *Quid ergo est, quod in contractibus remouet pœnitentia à contrahente? Quidam dicunt, quod actio nata; & reprobat hoc glos. quidam dicunt, quod obligatio nata, & hoc sentit glos. inhærens textui, qui dicit constitutæ obligationi; ego addo tertium, scilicet, natura contractus irreuocabilis sicut est, vbicumque non habet locum conditio ob causam: ex istius enim natura quæritur quoddam ius impediens pœnitentiam, est ergo reperire in contractibus non solùm ius obligationis, sed etiam quoddam ius, quod nõ est actio, vel obligatio, quod est subtile ad intelligendum.*

22 ¶ Recibiendo pues èl contrato la irreuocabilidad ex sui natura, si esta en nuestro caso por ser de eleccion es variable, por necessaria consequencia lo serà el derecho que del se adquiere, y estarà sugeto al principio de donde se causa, que es la

la voluntad del eligente, cum omnis processio à principijs fiat, & secundum naturam principij finis reguletur, l. Pomponius, ff de neg. gest. l. si procuratorem, ff. mandati, l. nam origo, ff. quod vi aut clam, l 3. §. Scio, vbi Bald. ff. de minorib.

23 ¶ Y siempre se atiende a la naturaleza de la causa primeua, licet in contractum alterius naturæ deducatur, l. qui id quod, ff. de donat. ibi: *Causam enim, & originem constitutæ pecuniæ non iudicij potestatem præualere placuit*, l. item veniunt, §. cum prædiximus, ff de pet. hæredit. l 2. vers Quare, ff. de priuileg. creditor. l. 1, §. si quis sub conditione, ff. vt legat. seu fideicommis. nom. caueatur, ibi: *Et huic stipulationi easdem causas, & conditiones inesse sciendum est*, l. id quod sub conditione, ff. de constituta pecunia, ibi: *Eadem conditione suspenditur.*

24 ¶ Porque lo que es natural del acto que se celebra se tiene por expresso, l. ex empto, ff. de actionib. empti, ibi: *Ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt huius iudicij potestate*, l. quoties, ff. de oper. libertor. l. si prius, §. placuit, ff. de aqua pluu. arc. l. interdum, §. pater familias, ff. de hæred. inst. l. cum quid, ff si certum petat. Bald. cons. 330. num. 2. vol. 3. ibi: *Namque quod naturaliter inest, pro expresso haberi debet, quasi natura ipsa loquente.*

25 ¶ De que resulta, que todos los actos que son sui natura variables ad voluntatem promissoris la conseruan, licet in contractum nominatum deducantur, y el derecho que se adquiere es con implicita condicion, dum voluntas mutata non sit, l. 1. §. penultimo, ff. de positi, ibi: *Si sic deposuero apud te, vt post mortem tuam reddas, & tecum, & cum hærede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem.* l. si verò non remunerandi 12. §. si mandauero, ff. mandati, ibi: *Si mandauero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutauero, an sit mandati actio, vel mihi, vel hæredi meo, & ait Marcellus cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum finita voluntate.* l. si quis alicui 27 §. 1. ff. eodem titul. ibi. *Veluti si pænitentia acta seruum recuperare vellim.* l. cum præcario, ff. de precario, l. si cum dotem, §. eo autem tempore, ibi: *Mutauerit voluntatem*, ff. solut. matrim.

26 ¶ Glos. in dict. l. sicut, verbo, *Minimè posset*, C. de actionib. & oblig. ibi: *Non se obligat, vt non reuocet*: vbi Bart. 1. lect. ibi: *Non fuit contracta obligatio, vt permitterem apud te esse semper, sed ad mei beneplacitum*: & 2. lectur. ibi: *Non obligatur mandans ad non reuocandum mandatum, cum mandatum sit gratuitum.* Bald. n 5. ibi: *Quidam sunt contractus nominati, qui celebrantur gratia recipientis tantum, & hoc tripliciter, nam quidam sunt reuocabiles, quandoque*

placeat

placeat concedenti, quidam sunt perpetui, & irreuocabiles, vt quando tendant ad irreuocabilem acquisitionem, & in istis non habet locum pænitentia. Angelus in principio, Salicetus num. 2. ibi: *At in his contractibus ad perseuerantiam obligatio contracta non fuit: in his ergò, in quibus ad perseuerantiam obligatio contracta fuit, tunc pænitentiæ nō est locus pro tempore quo perseuerantiam durare debet, vnde sciendum, quod obligatio ad perseuerantiam quandoque est temporalis, quandoque perpetua, & illa temporalis habet pro suo fine, & termino, tempus solius voluntatis, & complacentiæ contrahentis subsecutæ.* Angel. conf. 159 col. 2. Decius, conf. 475. n. 2. D. N. Præses, conf. 63. à nu. 17. & num. 38. tom. 1.

27 ¶ Esta resolucion es mas precisa en nuestro caso, porque la eleccion non est propriè contractus, nec vltima voluntas, sed actus extrajudicialis, l. assignare, ff. de assignand. liber. Aluar. Valasco, consult. 61. à num. 11. Flores de Mena, q. 22. num. 1. & 2. Y assi no se adquiere por ella derecho irreuocable, si no limitado a la voluntad del eligente, l. 1. §. assignare, ibi: *Vel viuus adimere assignationem etiam nuda voluntate*, ff. de assignandis libertis.

28 ¶ Y celebrada en contrato (quod secundum authores prædictos licitum est) serà el contrato inominado, en el qual no tiene lugar la disposicion de la l. sicut, C. de actionib. & obligat. quia ante implementum contractus innominati rei traditione locus est pęnitentię, l. 3. ff. de seruis export. ibi: *Si tamen is qui vendidit in eadem voluntatem perseueret*: l. dedi 3. §. idem est, ibi: *Aut si me pæniteat*, l. si pecuniam 5. ff. de condict. caus. data, Azon, in dict. l. sicut, C. de actionib. & oblig. nu. 9. vbi Bar. 1. lectura, ibi: *In contractibus innominatis cum non oritur obligatio, nisi complecto contractu rei interuentu, ideò est locus pænitentiæ.* Et ibi Additio. ad Bartol. *Intellige hanc legem non habere locum in infeudis, ita Ioan. Faber hic allegat textum in cap. 1. de feudo guardiæ*, vbi etiam Bald. n. 3. Angel. in princip. Salicet. n. 2. glos. in l. iuris gētium, verb *facias*, ff. de pactis.

29 ¶ Res enim ante traditionem est integra, & ita indubitanter prædicta conclusio procedit, Bar. in l. ab emptione 59. num. 11. ff. de pactis, ibi: *Primo facit rem non esse integram traditio rei, & ibi item dico traditio vera, vel ficta.* Bald. in l. si inter 8. num. 1. C. communia vtriusque iudicij, ibi: *Nota, quod possessionis retentio ita facit desinere rem esse integram, sicut eius traditio*, & in l. mandatum 15 C. mandati, num. 26. De que se concluye, que el primero nombramiento, aunque se hiziesse por contracto, quedò variable, e imperfecto, Stephan. Gratian. discept. for. cap. 904. à n. 24. tom. 5.

Y en

30 ¶ Y en terminos, que siendo la eleccion variable no pierda su naturaleza, aunque se haga por donacion y contrato entre viuos, probatur in l. cum pater, §. à filia, ff. de legat. 2. *Vni ex libertis prædia fideicommissi viua donabit.* Domin. Molin. lib. 2. cap. 4. num. 23. Burgos de Paz, consf. 20. num 17. Aluarado, de coniect. ment. defunct. lib. 2. cap. 2. num. 24. & 25. Simon de Prætis, libr. 1. interpretation. 1. dubit. 5. sol. 4. num. 1. Surdus, consil. 264. ex numer. 24. libr. 2. Valasco, dict. consultation. 102. Caldas Pereyra, 3. part. cap. 2. numer. 2. & 5. Paz, de tenuta, tom. 1. cap. 34. numer. 56. Mieres, 1. part. quæstion. 48. numer. 176. & 237. Farinac. decis. 323. tom. 1. nouissim. Flores de Mena, dict. quæst. 22. n. 16. cum alijs quã plurimis el señor don Iuan de el Castillo, libr. 5. cap. 80. numer. 18. Y en terminos de nuestro caso es el responso segundo de Caldas Pereyra pro societate Iesu, que està al fin de el libro tercero, in impressione anni 1604. por todo el præcipuè à numer. 17. por lo qual no se puede dudar que el primero nõbramiento sea variable.

31 ¶ Y no se pudo mudar esta calidad con la acetacion que de el se hizo por el Licenciado Francisco de el Castillo, porque esta se entiende hecha con la misma calidad, y naturaleza de el contracto, l. alienatio 67. ibi: *Cum sua causa*, ff. de contrahend. empt. vbi notat Bald. l. Pomponius 13. §. 1. ff. de acquir. possess. ibi: *Vti debet cum sua causa, suisque vitijs*, vbi Bart. & alij, Cephal. cons. 312. nu. 150. lib. 3. Gracian. c. 717. n. 17. & c. 769 n. 25. tom. 4.

32 ¶ De que se infiere, que siendo la eleccion variable se deue preferir la dicha doña Beatriz, por ser su nombramiento el vltimo, quia in actibus vbi variatio admittitur, præfertur vltimus, l. vtilitatem 10. ff. de confirmat. tutor. ibi: *Non sequitur primam voluntatem Prætor, à qua pater discessit*, l. cum filio 11. §. in legatis, ff. de legat. 1. l. si opus 16. ff. de noui oper. nuntiation. ibi: *Ex priori nuntiatione agi non potest*, l. translatio 6. ff. de adim. legat. ibi: *Nouissima enim voluntas seruatur*, l. dicere, § sed si pluribus, ff. de recept. arbitris, l. pacta nouissima, C. de pactis, Domin. noster Præses, cum alijs, cons. 63. n. 17. tom. 1. & tenent in terminis omnes DD. qui variationẽ admittant relati sup. à n. 17.

33 ¶ Reconociendose por el abogado del L. Francisco del Castillo, que la opinion que constituye diferencia inter facultatem eligẽdi ex testamento, seu contractu communiter apud omnes recepta est, pretende impugnarla, diziendo

ziendo que no tiene fundamento legal, y assi no se deue juzgar por ella; y para cóprouar su intento, argumenta de la facultad, que debitori, seu creditori in alternatiuis competit, distinguiendo desde el num. 20. hasta el 28. de su alegacion, tres casos. El primero, en que el deudor tiene eleccion ex dispositione iuris, l. plerumque, §. fin. ff. de iur. dot, l. 2. §. Scæbola, ff. de eo quod certo loco, l. si in emptione, §. penult. ff. de contrahend. empt. & tunc variationem admittit, l. qui pluribus 106. l. eum qui certarum 138. §. fin. ff. de verbor. obligat. El segundo, quando al deudor, ó acreedor les compete la eleccion ex contractu verbis extésiuis futuri indicatiui expresse reseruata, & tunc etiam variabilis est. El tercero, quãdo les compete expresse ex contractu verbis futuri subiunctiui, quem voluero, & hoc casu variatio non admittitur, l. si quis stipulatus 112. ff. de verbor. obligat. quæ duos posteriores casus comprehendit, vbi Bart. Alexand. Iaso. Immol. Cuiatius, Rippa, in l. serui electione, nu. 15. ff. de legat. 1. Y cõcluye en el num. 26, que supuesto que no es licito variar en la eleccion que expressamente compete por contrato no estando concedida con palabras extensiuas (faltando estas en nuestro caso) la primera eleccion y nombramiento, no fue variable.

34 ¶ De las distinciones de los tres casos referidos, no resulta oposicion a la justicia de doña Beatriz; imó eam euidenter comprobant, quia (omissis varijs solutionibus, quæ à DD. traduntur, & quod differentia inter verbum futuri indicatiui, vel subiunctiui parum, aut nihil Hispano sermoni conuenit, vt in simili notat Gribell. in decis. Senatu Dolan, 52. num. 25.) vera ratio decidendi ad prædicta iura est.

35 ¶ Que en el primero caso en que tiene el deudor eleccion legal, se la concede el derecho non simpliciter, sed per verbum extensiuum indicatiui modi, vt notat Bart. in d. l. eum qui certarum, §. fi. ff. de verbor. obligat. num. 1. ibi: *Nota quod quando electio conceditur à lege, videtur concedi per futurũ indicatiui.* vbi Ioann. de Immol. ibi: *Nota, quod quando electio conceditur á lege, videtur concedi per verbum indicatiui.* Aretin. nu. 2. ibi: *Nota secundo, quod quando electio conceditur à lege debitori, videtur potius concedi per futurum indicatiui, idest quando vollam, quam per futurum subiunctiui, vel præteritum, idest cum volueris.*

36 ¶ Y en el segundo caso en que està la eleccion reseruada verbis extensiuis indicatiui modi, quem vollam, es lo mismo que si fuera legal, quia expressio eius, quod tacite inest, nihil operatur, l. 3. ff. de legat. 1. tenent in terminis Bartol.

tol. in dict. l. eum qui certarum, §. fin. in princip. vbi Immola, & Aretin. n. 4. ff. de verbor. obligat.]

37 ¶ En ambos casos en que compete la eleccion verbis extensiuis indicatiui modi non dicitur facta, neque perfecta nisi eligens in eadem voluntate permanserit, Bart. in l. si quis stipulatus 112. ff. de uerbor. obligat. num. 3. ibi: *Cum igitur dico, cum vollam, intelligitur idest, cum vollensero, seu vollens durauero.* Immol. num. 11. Ias. num. 6. Paul. de Cast. num. 3. ibi; *Non sic in futuro, quod deriuatur á præsenti, quia requiritur perseuerãtia in voluntate, non enim verum est dicere, ipsum velle istum, licet semel voluerit, si hodie non vult, quia requiritur, quod semper vellit.*

38 ¶ Porque las palabras de futuro indicatiuo tienen trato sucessiuo, dict. l. si quis stipulatus 112. ff. de verbor. obligat. ibi: *Si vero tractum habeat sermo illius,* gloss. verbo, *obstrictus,* in l. hæc venditio, ff. de contrahend. emptio. ibi: *Et ratio est, quia hæc cum vollam, habet tractum, quia formatur à præsenti indicatiui, quod est incertum.* Y son imperfetas, Bart. in l. filius familias 117. §. Diui, el 2. num. 6. ff. de legat. 1. & ibi Alex. Ripp. n. 44.

39 ¶ Y no siendo en este caso la elecion sui natura perfecta por requerir perseuerancia en la voluntad, no se puede adquirir derecho en especial contra ninguna de las cosas estipuladas; y assi puede el eligente vsar de la alternatiua que le compete, quia non est consumpta, quousque soluat, l. qui ex pluribus 106. ff. de verbor. obligat. ibi: *Tandiu autem volũtas promissoris in pendenti est, quandiu id, quod promissum est soluatur.* vbi Ioann. de Immol. in princip. & in l. si quis stipulatus 112. ff. de verbor. obligat. ibi: *Ideò non sufficit semel velle, nisi illa voluntas per aliud firmetur, & terminetur, finitur autem si declarata voluntate semel fit executio.* Aretin. in dict. l. eum qui certarum, §. fin. ff. de verbor. obligat. num. 4. ibi: *Suspendit obligationem alternatiuam in voluntate debitoris, vsque ad actum soluendi* Rippa, in l. serui electione, ff. de legat. 1. num. 15. ibi: *Sed in debitore electio non trahit secum executionem, quo ad aliquid, nisi debitor rem electum offerat, l. acceptam, C. de vsuris.*

40 ¶ Y con la paga y tradicion consumpta est electio, quasi si alternatiua non esset, Ias. in dict. l. si ex pluribus 106. ff. de verbor. obligat. ibi: *Nam postquam alter solutus, consumpta est electio.* Flores de Mena, lib. 3. quæst. 22. num. 13. ibi: *Vnde vsque ad traditionem, non est electio perfecta.* Et ibi: *Quemadmodũ etiam dixit Consultus in dict. l. si stipulatus, quando stipulatio concepta*

fuit

fuit per verbum vollam. quod est in perfectum vsque ad traditionem, ac proinde licèt variare, quia non est consumptum iue cligendi ante traditionem.

41 ¶ Et ita ante solutionem, & non postea à variatio admittitur, l. qui ex pluribus 106. l. eum qui certarum, §. fi. ff. de verbor. obligat. por ser antes de la tradicion la eleccion sui natura imperfecta, & non consumptum ius eligendi, ni auerse adquirido derecho en especial contra ninguna de las cosas stipuladas ante traditionem, que es lo mismo que milita en nuestro caso, que por ser la eleccion sui natura imperfecta y variable, y no auerse extinguido la facultad, ni adquirido derecho, se admite variacion, vt supra à num. 13. Por lo qual la razon de decidir destos dos primeros casos, comprueua el nuestro, & merito omnes DD. dict. l. eum qui certarũ, in §. fin. ad alius confirmationem allegant.

42 ¶ Y la del tercero, en que se niega la variació quãdo la eleccion está reseruada verbis futuri subiunctiui, *quem voluero*, no nos haze oposicion alguna, porque haziendose la eleccion hisce verbis perfecta iudicatur, cum verba futuri subiunctiui perfectionem actus signifficent Bart. in l. filius familias, §. Diui, num. 6. vbi Ripp. num. 44. ff. de legat. 1. Ioãnes Gribel. in decis. 52. num. 25. sin trato sucessiuo, gloss. verbo, *obstrictus*, in l. hæc venditio 7. ff. de contrahend. empti. ibi: *Sed futurum subiunctiui si voluero formatur à præterito indicatiui, quod est certum, vnde ex quo semel constituit se velle, mutare volũtatem non potest.*

43 ¶ Y extinguiendo la alternatiua secum executionem trahit, ad hoc vt solum res electa in obligatione existat, & altera ab ea exempta sit, probat text. in dict. l. si quis stipulatus 112. ff. de verbor. obligat. ibi: *Quem elegerit, petet, & is erit solus in obligatione*, vbi gloss. verbo, *quem vollam*, ibi: *Vnde nec obligationem morantur.* & Bart. num. 1. ibi: *Nota quod post electionem, iste solus, qui est electus est in obligatione.* & num. 2. Alex. num. 5. ibi: *Nota quod post electionem factam in alternatiuis, solus electus est in obligatione.* Ioann. de Immol. in princip. ibi: *Ille solus est in obligatione, qui eligitur, quod intelige postquam electio facta est, & perfecta.* Iason. num. 3. Paul. de Castr. in dict. l. eũ qui certarum, §. fin. ibi: *Sed aduerte quod hoc non contingit ratione expressi mandati, sed ex eo, quod tibi acquisita est actio, & obligatio de voluntate mea, vnde non potero eam tibi auferre.* ff. de verbor. obligat. Ripp. in l. serui electione 5. num. 15. ff. de legat. 1. ibi: *Dici posset, quod electio in creditore, etiam in contractu secum trahit*

execu-

executionem, quantum ad effectum eximendi reliqua ab obligatione.

44 ¶ De que resulta, que la razon porque no se puede variar es, por quedar la estipulacion precedente que obra adquisicion de derecho perpetuo, è irreuocable, con obligacion de cosa cierta y determinada sin alternatiua; y el variar en este caso no seria elegir, sino mudar la obligacion a diferente cosa de la contenida en ella, en perjuyzio del derecho irreuocable adquirido, quod stipulatio non patitur, quia est contractus verbis semper obligatorius, & sui natura irreuocabilis, l. 1. §. verbis, l. obligamus 51. versic: Verbis, ff. de actionib. & obligat. l. 1. l. stipulationum, §. stipulatio, l. si stipuler, l. continuus, ff. de verbor. obligat. §. 1. instit. eodem, l. 1. tit. 11. p. 5.

45 ¶ Lo qual no se puede ajustar a nuestro caso en q̃ el derecho que se puede adquirir es virtute electionis sui natura variabilis, y limitado a la voluntad del eligente, vt sup. a num. 13. & 21. diximus, ni hazerse ilacion de vno a otro, por ser diuersos, y con diuersa razon, l. Papinianus exuli, ff. de minorib.

46 ¶ Y esta diferencia en la elecion de personas, la reconocen todos los Dotores, porque Barc. Paul. Alexan. Ias. Immol. y Rippa, que se alegan por el Abogado contrario, in sua allegatione, num. 24. 25. & 28. para prouar en la eleciõ de cosas las distinciones referidas. in electione personarum nostram communem distinctionem indubitanter defendunt vt videre est in locis supra allegatis, num. 17. & 18. Y assi lo reconoce el Abogado del Licenciado Francisco del Castillo en el num. 29. diziendo, que no se puede hazer ilacion de vn caso a otro por ser diuersos, alegando a Sarmieneo, selectar. lib. 8. in l. vnum ex familia 69. num. 6. ff. de legat. 1.

47 ¶ En el num. 30. 31. y 32. se dize, que la l. vnum ex familia, in princip. l. cum pater, §. à filia, ff. de legat. 2. en que la elecion de personas es variable, no pueden seruir de fundamento a nuestra distincion: porque disponen en eleciõ conferida in tempus mortis, que se preuino en perjuyzio de los que podian tener derecho en ella. A que se responde, que la resolucion de nuestra justicia tiene los fundamentos, y Dotores referidos à num. 13. con que se prueua suficientemente, y assi no auemos necessitado de valernos de las decisiones de las dos leyes referidas.

48 ¶ Viendose conuencido el Abogado contrario dellos, y obligado de las autoridades de tan graues autores que

 defien-

defienden la dicha distincion, la confiessa comun en el num. 33. de su alegacion. Y desde el num. 35. vsque ad 54. la procura limitar por quatro razones, a que se responderá breuemente.

49 ¶ La primera, porque con la primera elecion se cõsume la facultad de elegir. A la qual se responde, que ninguno de los lugares con que se prueua hablan en terminos de facultad de elegir que compete ex contractu, en que ay disposicion especial para que tenga duracion, como se ha fundado suprá a num. 13. Y assi no necessitan de indiuidual respuesta.

50 ¶ La segunda, porque semejantes contratos son condicionales si electio facta sit; y cumpliendose la condiciõ queda el contrato perfeto, licét, implementum non duret, & ita ius quæsitum auferri non potest, l. si quis hæredem C. de instit. & substit. l. in substitutione, ff. de vulgar. Bald. in l. præcibus, C. de impuber.

51 ¶ Esta razon deshazen las primeras palabras de el §. cum pure, fin. in l. eum qui certarum, ff. de verbor. oblig. en las quales el Iureconsulto califica por puro y sin condiciõ el contrato en que ay elecion; y assi falta el fundamento cõtrario.

52 ¶ Sed vlterius respondetur, que la razon referida procede en caso que con la existencia de la condicion se adquiere derecho perfeto, é irreuocable, quia non est creditor eo iure priuandus, l. post mortem, §. 1. l. non putauit, §. sed si post, ff. de bonor. possess. contra tabul. Y no se puede aplicar al nuestro, en que por el nombramiento no se adquiere derecho inuariable, ni perfeto (vt supra â num. 21.) argum. text. in l. cum testamento, in princip. ff. de hæredib. institu. l. si mater, §. fin. ff. de vulgar. l. quandiu la 3. ff. de acquiren. hæred. l. vnica, §. in primo, C. de caduc. tollend. probat D. Molin. lib. 3. cap. 10. â num. 16.

53 ¶ La tercera, porque el que elige nihil de suo confert, y es la eleccion necessaria, y por causa del oficio, y eligiendo vna vez, cesá la facultad, ex distinct. Bart. in l. absenti, num. 2. ff. de donat. que se comprueua con la decision de la l. iudex postea quam, ff. de re iudic. cap. si compromissanus de electione in 6. l. 35. Taur. Y que basta que sea la necessidad causatiua ne emphiteusis pereat, Cald. Pereir. 3. p. de potestat. elig. c. 6. à n. 14.

54 ¶ A la qual se responde. Lo primero, que Bartol. habló en terminos de superrores, y oficiales, que están obligados

gados a nombrar juezes ex necessitate officij, num. 2. in fine, ibi: *Aut sunt illi, qui necesse habent eligere, vt priores, vel alij officiales, & tùnc non possunt reuocare.* Y en caso que la eleccion se haze ex voluntate, sin la obligacion referida, permite el poder reuocar, ibi: *Sed ipsum commune, vt adunantia, vél consilium generale posset reuocare.* Y dá la razon, ibi: *Quia hoc facit ex voluntate.*

55 ¶ Y nuestro caso está en los terminos de la vltima parte desta distincion, en que la eleccion es voluntaria, y no está el eligente precisamente obligado a nombrar, ni se le puede compeler a ello: vt ex text. in l. in l. vnum ex familia, §. rogo, l. cum quidam, ff. de legat. 2. & alijs quam plurimis probat Caldas Pereyra, de nominat. emph. lib. 2. quæst. 1. á num. 4. ibi: *Quibus tamen non obstantibus, oppositum verius est, imò quod is qui debet eligere, seù successorem nominare cùm morietur, vél post mortem, præcise non compellitur eligere quemquam.* Y la necessidad causatiua se reduze a causa voluntaria, & vitari potest, l. non quidquid 40. ff. de iudicijs, vt ex Bart. & alijs, Caldas Pereyra, dict. quæst. 1. num. 5. ibi: *Scimus duplicem in iure nostro considerari necessitatē, quarum altera præcisa est, altera verò causatiua, primam vitare nemo potest, secundam verò sic, si malit.* Y comprueua esta resolucion vsque ad num. 8.

56 ¶ A la qual no obsta lo que el mismo Caldas resuelue in lib. 3. cap. 6. á num. 6. præcipuè num. 14. de que se haze la eleccion, *ex necessitate officij, seù emphitentici muneris obtenti*: porque en el mismo num. 14. dize, que esta necessidad no es precisa, si no causatiua, ibi: *Tenetur saltem causatiue*, y a esta no se deue atender, como dexa resuelto in dict. lib. 2. quæst. 1. á nu. 4. demas que en el lib. 3. cap. 6. à num. 6. juntò las razones referidas, y otras, de que se vale el Abogado contrario para dar fundamento a la ley de Portugal, que dispone, que a los nombrados ad emphyteusim ius irreuocabile, etiam absentibus, & ignorantibus acquiratur, num. 6. ibi: *Subdit vlterius legislator per nominationem acquiri nominato ius emphyteuticum irreuocabile, etiam absenti, & ignoranti,* las quales refiere vsque ad num. 14. y las reprueua todas, num. 15. ibi: *Hæc omnia si rectè consideras lector optimé eodem, quo supra scripta traditio, morbo laborant.* Y despues en el num. 18. dize, que la translacion de derecho es efeto legal en su Reyno por el ordenamiento referido, & in puncto iuris siempre reconoce que el nombramiento es voluntario y gratuito, y que elige iure proprio, y assi lo funda en el lib. 3. cap. 16. à num. 6. y que puede el eligente poner el grauamen que quisiere, principalmente quando puede elegir a quien le pareciere

reciere (como en nueſtro caſo) ſin limitacion a familia, ni genero de perſonas, dict. cap. 16. num. 6. ibi: *Nominatio gratioſa eſt, & gratiam continet.* Et num. 12. in fin. ibi: *Sed non ſequitur proinde emphyteutam ad nominandum compelli poſſe, cum eius poteſtas â contractu pendeat.*

57 ¶ De que reſulta, que ſiendo la eleccion voluntaria, la diſtincion de Bart. in l. abſenti, num. 2. ff. de donat. no es cõtraria, antes comprueua la reſolucion que defendemos, de que ſe pueda variar, ibi: *Poteſt reuocare, quia hoc facit ex voluntate.*

58 ¶ Secundo reſpondetur, que ſi ſe huuiera de juzgar eſta eleccion hecha nomine officij, y preciſa por la neceſsidad cauſatiua ne emphyteuſis finiatur, y que por eſta cauſa no ſe pudieſſe variar, todas las diſtinciones de los Dotores fueran ſuperfluas y encontradas, y nunca ſe pudiera variar en la eleccion, quia ſemper, & in omni electione aliqua neceſsitas cauſatiua inuenitur, nempé prælationis vnius, vél ne admittantur omnes de familia, vél ne contractus finiatur, vt rectè conſiderat Caldas Pereyra, dict. lib. 3. cap. 16. num. 12. quod non eſt dicendum, porque fuera abſurdo notable, quod eſt vitandum l. nam abſurdum, ff. de bonis libertor.

59 ¶ Tertiò & vltimo reſpondetur, que la comprouaciõ que ſe haze en la razon tercera con la l. iudex poſteaquam, ff. de re iudicat. l. ſi vt proponis, C. quomodo & quando iudex, cap. ſi compromiſſarius, de electíon. in 6. no es de perjuyzio alguno, porque ſon deciſiones eſpeciales, con razon particular, videlicét, quod iudex functus eſt officio ſuo, y en diuerſos caſos, y aſsi no ſe pueden aplicar a la eleccion de perſonas en virtud de facultad de contrato que no ſe acabó, ſed vſque ad mortem extenditur cum â diſparibus non fiat illatio, l. Papinianus exuli, cum vulgatis, ff. de minorib. Y la l. 35. de Toro, que diſpone, que el comiſſario no pueda reuocar el teſtamẽto que huuiere hecho en virtud de la facultad que le dio el teſtador, no ſolo no es contraria a nueſtra juſticia, imó ex ea validiſsimé corroboratur.

60 ¶ Porque la facultad que ſe dà para teſtar ha de ſer en teſtamento y poder que tenga la miſma ſolenidad, l. 39. Taur. y aſsi auiendoſe vſado della no ſe puede variar, quia ex teſtamento competit, & ſecum executionem trahit, l. 35. Taur. ita in ea tenent Caſtillo, Gomez Arias, Palacios Rubios, Tello Fernandez, num. 1. ibi: *Rationem huius legis aſsignant hic omnes, quia fideicommiſſarius non poteſt variare poſtquam ſemel elegerit, cũ hæc facultas competat ex teſtamento,* Matienço, in l. 9. tit. 4. lib. 5. Recopilat.

copilat.gloss.1.num.1. ibi: *Cùm facultas hæc competat ex testamento, quæ secum trahit executionem*. Y prohibiendo la l.35.la variacion, por esta razon euidentemente conocio la distincion entre la facultad, quæ ex testamento, seú contractu competit.

61 ¶ La quarta razon con que se procura limitar la distincion comun es, porque la causa que se considera por todos los Dotores para que se pueda variar en la eleccion que compete ex contractu, es, que no se transfiere por ella dominio vsque ad traditionem, ex l. traditionibus, C. de pactis, y esta mira al segundo fundamento para la prelacion, ex l. quoties, C. de reiuindicatione, mas no puede causar razon de diferencia para que sea la eleccion variable.

62 ¶ Esta razon no necessita de respuesta, porque della no resulta oposicion, respeto que la eleccion ex contractu sui natura vsque ad mortem variabilis est, por todas las razones y Dotores que se refirieron supra, á num. 13. y el nombrado vltimo deue ser preferido, vt supr. num. 32. y assi bastaua el nombramiento a doña Beatriz para la prelacion que pretende, mayormente confirmado con la tradicion, que es segunda causa de prelacion, vt in secundo fundamento dicetur, para el qual se remite la respuesta de lo que se funda por el Abogado contrario num. 47. 48. & 49. suę allegationis, porque mira a si se puede trásferir derecho de dominio en el elegido in vita eligentis.

63 ¶ En el num.52. se refieren por parte del Licenciado Francisco del Castillo a Flores de Mena, Benedicto Egidio, Caldas Pereyra, Cardos. y Valasco., que en terminos resueluen, que la eleccion en virtud de facultad de contrato es inuariable, los quales no hazé estoruo a la justicia de doña Beatriz, antes la prueuan, porque Flores de Mena, lib.3. quæst.22. num.30. reconocio por comun la distincion que funda su justicia, y que se auia de seguir, ibi: *Licèt in praxi durum esset recedere á communi resolutione*, si no fuera en caso que huuiesse tradicion. Y Cardos. in praxi iudic. & aduocat. verbo, *emphyteusis*, num 18. fol.117. tiene la misma opinion, ibi: *Si tamen post illam nominationem subsequatur traditiò illius emphyteusis*. Valasco, consultat.102. lib.1. es el mayor defensor della, y en la consultacion 61. disputa vn caso muy diuerso, videlicét, si la eleccion hecha ad emphyteusim en testamento, se anulara testamento rupto ex causa præteritionis, y en el num.12. que se cita por la parte contraria, dize, que de semejantes nombramientos se adquiere derecho irreuocable, ex lege Lusitaniæ, ibi: *Nám si*

quis habens simpliciter facultatem nominādi in emphyteusi, nominet simpliciter, manet eo ipso nominatio irreuocabilis, etiam si rem non tradat vt disponit ordinatio, lib. 4. tit. 63. §. 1. Caldas Pereyra, 3. part. cap. 2. à num. 7. & cap. 5. per totum, & cap. 6. à num. 5. & 10. habla en terminos de la ley de Portugal, que transfiere derecho irreuocable a los nombrados etiam ignorantibus, y prohibe la reuocacion: y en terminos de derecho, non stante prædicta lege, sigue la distincion comun, como se puede ver en los lugares, en que lo alegamos supra, num. 20. y el lo dize expressamente in lib. 3. de potest. eligend. cap. 16. num. 2. in fine, ibi: *Ex quo cessant in his Regnis à DD. tradita in l. serui electione, ff. de legat. 1. vbi resoluunt, variandi potestatem facilius concedi posse, ei, cui, eligendi facultas fuit in contractu concessa, quam ei, cui in testamento, seù vltima voluntate, quàm negant posse stare in pendenti, vt iam supra initio huius tractatus aduertimus.* Y Benedicto Egidio, in l. 1. C. de Sacrosanctis Ecclesijs, 2. part. in initio, num. 30. resoluio la question por la ley de Portugal, que prohibe la variacion, ibi: *Et in primis differentiam hanc expresse reiecit Lusitana ordinatio.* Reconociendo, que la distincion referida es comun; aunque no la admitio el ordenamiento de su Reyno; ibi: *Aduersus vnanimem scribentium scholam contendentem, quod vbi nominandi facultas competit ex testamento nominatio semel facta reuocari non potest, præterquam si fiat in vltima voluntate; vbi verò nominandi facultas competit ex contractu, nominatio facta millies variari potest.* Y aunque en el versic. *Sed profecto prædicta distinctio,* la tratô de impugnar, por dar mayor comprouacion a la decision de la ley de Portugal no refiere fundamento considerable, y lo singular de su parecer no puede seguirse contra la comun, que el mismo confiessa, cap. ne innitaris, vbi Felin. num. 54. de constitut. por la qual se ha de juzgar, mayormente siendo enseñada por los antiguos, l. 1. ff. de officio quæstor. ibi: *Sanè crebrior apud veteres opinio est,* seguida por todos los modernos, l. quæsitum, §. sed si fundus, ibi: *Quám sententiam quotidie crescere, & in calescere videmus,* ff. de fundo instructo, l. 1. ff. de Senatoribus, vbi Bald.

64 ¶ En el num. 55. pretende fundar la parte del Licenciado Francisco del Castillo, que las dudas referidas proceden quando la eleccion se haze simpliciter, y que haziendose por contrato entre viuos queda irreuocable, como lo es el contrato, ex Gamma, decis. 173. á num. 9. Valasco, consultat. 61. nu. 5. 11. & 14. & cōsul. 102. n. 25. Flores de Mena, quæst. 22. n. 1. & 34. D. Castillo, lib. 5. cap. 80. n. 2.

A este

 402

65 ¶ A este fundamento queda respondido supra, á nu. 21. donde se fundó, que la eleccion era variable sui natura, aũque se hiziesse por contrato, y los lugares que se citã por parte del Licenciado Francisco del Castillo no prueuan contra esto cosa alguna, porque Gamma en la decision 173. y Valasco en la consultacion 61. solo tratan, si la eleccion hecha en testamento se anulará rupto testamento agnatione posthumi, vél præteritione matris, por auer ley en Portugal que anula la eleccion siendo el testamento nulo, y no tratan la question de variacion, antes se fundaua el nombrado, en que el eligente perseuerô in eadem voluntatẽ vsque ad mortem, vt videre est apud Gammam, ibi: *Item, quod defuncta vsque ad tempus mortis per manserat in eadem voluntate.* Y lo mismo funda Valasco en la consultacion 61. y en la 102. num. 26. defiende nuestra resolucion, ibi: *Vnde etiam si electio fiat per viam donationis inter viuos, vél per aliũm quemuis contractum, adhùc erit variabilis vsque ad mortem.* Y el señor don Iuan del Castillo, dict. lib. 5. cap. 80. num. 18. defiende lo mismo; que es comun, teste Flores de Mena, in dict. quæst. 22. num. 30. y assi de los Autores alegados en contrario tenemos el intento.

66 ¶ Prosigue el Abogado contrario comprouando el suyo desde el n. 57. hasta el 63. con dos argumẽtos. El primero funda in l. si vnus 27. §. sed si stipulatus decem, ff. de pactis, en la qual auiẽdo stipulado decem, aut stichum, se hizo pacto de no pedir los diez, y obra, q̃ ni se pueda pedir sticho: y si el pacto fue de pedir los diez, no se puede pedir a sticho. ergo in cõtractu facta electione variatio non admitteitur. El segundo se funda in d. l. si quis stipulatus 112. ff. de verb. oblig. que dispone, quod post litis contestationẽ variatio non admittatur, etiã si electio verbis extẽsiuis cõcedatur, quia in iudicijs quasi cõtrahitur, ibi Cuman. n. 1. Ias. n. 7. Alciat 7 Angel. & Cuman. in d. l. eũ qui certarũ, § fin. n. 2. & 3. vbi Immol. ff. de verbor. obligat. Luego si esto procede en el caso q̃ verdaderamẽte no se cõtrae, cõ mayor razõ ha de tener lugar en el cõtrato verdadero?

67 ¶ Ad primum argumentum respondetur, quod pactũ de vna re non petenda ad aliam extẽditur, & obligationẽ soluit, d. l. si vnus, §. sed si stipulatus, ibi: *Nam vt solutione, & petitione, & acceptilatione vnius rei tota obligatio solueretur, ita pacto conuẽto, de vna re non petẽda, interposito totam obligationem submoueri,* Bart. in l. si quis stipulatus 112. n. 4. ff. de verbor. obligat. ibi: *Pactum factum de vna re, ex rebus alternatiuẽ debitis prorigitur ad aliam*, vbi Ias. n. 8. Aretin. n. 6,

Y en

68 ¶ Y en el caſo deſta ley fue mas preciſa la ampliaciõ de vna re ad aliam, vt aliquid operaretur, quia electio erat debitoris; Alex. in l. ſi quis ſtipulatus, ff. de verbor. oblig. num. 8. ibi: *Ideò ibi operatur pactum, vt neutra res peti poſsit, quia etiam ſine pacto electio competebat promiſſori, aliás illud pactum nihil operaretur contra legem ſi quando, ff. delegat. 1.* quod antea in eadem lege ſi quis ſtipulatus 112. tradidit Immola, ibi: *Potes dicere, quod ibi loquitur, quando electio erat debitoris, quo caſu niſi pactum factum ſuper vno alternatiuorum extenderetur ad reliquum, nihil operaretur.* Eſtendiendoſe, pues, el pacto de vna re ad aliam, y extinguiendo la obligacion en todo, non poteſt amplius de voluntate partium reuiuiſci, l. qui res, §. aream, ff. de ſolut. l. eius qui, §. fin. ff. de iure fiſci, lo qual obra el efeto preciſo de el pacto, ſin atencion a que la eleccion ſea, o no, variable, quare ex hac lege nihil contra nos deduci poteſt.

69 ¶ Al ſegundo caſo que ſe propone del §. ſed ſi ſtipulatus, de que auiendo hecho pacto de pedir a Sticho no ſe puede variar, y pedir los diez. Se reſponde, que el texto nihil de variatione dixit, porque ſolo diſpone, que hecho el pacto de pedir vna de las dos coſas eſtipuladas, puede el acreedor pedirla ſin que le obſte excepcion alguna del pacto, ibi: *Poſſum de ſticho efficaciter agere nulla exceptione opponenda*: y ſi ſe replicare que ſiendo la eleccion en el caſo del texto de el deudor, como ſe ha fundado, y concediendoſe al acreedor, quod efficaciter ſtichũ nulla exceptione opponenda petere poſsit variatio à debitore remouetur. Se ſatisfaze, que el pacto extinguio la alternatiua, & ſola res electa in obligatione exiſtit, como ſe fundò ſupr. à num. 42. y ſe prohibe la uariacion, porque ſeria mudar la obligacion in aliam rem en perjuyzio del derecho adquirido virtute non electionis, ſed præcedentis contractus, quod eſt prohibitum en contratos ſui natura irreuocables, l. fin. ff. de pactis, ibi: *Sed verius eſt ſemel acquiſitam fideiuſſori pacti exceptionem vlterius eo inuito extorqueri non poſſe.*

70 ¶ Al ſegundo argumento ſe reſponde, que en la ley ſi quis ſtipulatus 112. ff. de verbor. obligat. ſe le prohibe a el acreedor que tiene eleccion la variacion poſt litem conteſtatam, porque para pedir en juyzio no puede vſar de la alternatiua, ſi no ha de pedir preciſamente vna de las dos coſas comprehendidas en la eſtipulacion, l. vbi autem, §. qui illud penultimo, ff. de verbor. obligat. Y auiendo pedido coſa cierta ſi ſe admitiera variacion, iudicium eſſet illuſorium, & reus ſe defendere non poſſet, & ſententia ſuper re non petita, nec conteſtata

ferre-

ferretur, vt animaduertunt Bart. in l. eum qui certarum, §. fin. num. 4. ff. de verbor. obligat. Paulo de Castro, num. 2. Immola, vers. *Potes etiam dicere quod ratio fuit*, & in l. si quis stipulatus 112. ff. eodem titul. num. 1. vers. *Ratio est*, vbi Alex. num. 4. Aretinus, num. 4. Y destas razones que son las mas verdaderas de decidir del texto, no resulta argumento alguno contrario.

71 ¶ Respondetur vlterius, que quando fuesse la verdadera razon la que se dà por el Abogado contrario, videlicet, quod in iudicio quasi contrahitur, no nos haze oposicion alguna, porque respeto de auer de pedir el acreedor vna de las dos cosas cierta y determinadamente, ex dict. l. vbi autem, §. penultimo, ff. de verbor. obligat. perfectè elegisse dicitur, Immola, in dict. l. eum qui certarum, §. fin. ff. de verbor. oblig ibi: *In ipsa contestatione perfectè eligisse videtur*, Alex. in l. si quis stipulatus, ff. eodem titul. ibi: *Ratio est, quia litis contestatione electio perficitur*: vbi Ias. num. 6. ibi: *Quia electio in ipsa contestatione consumitur, & perficitur*. Y estando la eleccion perfecta, y el derecho de elegir extinguido, sola res electa erit in obligatione, & ex ratione quam ad tertium casum, supr. à num. 42. reddidimus, variatio impedietur, & ita nihil obstauit.

72 ¶ A los lugares de Egidio Benedicto, que se ponderan desde el num. 63. hasta el 66. de la informacion contraria, ya està respondido supr. num. 63. y resultan respuestas de los fundamentos que dan todos los DD. en defensa de la distinciõ comun que estan referidos.

73 ¶ Desde el num. 67. se vale el Abogado contrario del pacto de no reuocar que tiene el primero nombramiento, pretendiendo que con el quedò irreuocable, ex l. vbi ita donatur, ff. de donat. caus mortis, que confirma con otros lugares que refiere hasta el n. 71.

74 ¶ A este fundamento està suficientemente, y con mucha erudicion respondido en nuestra primera informacion, à num. 11. y assi solo se tratará de satisfazer a los lugares que se ponderan de contrario, que son Peralta, D. Couarruu. D. Molin. Auendañ. Gutierrez, Fontanell. Mieres, Barbosa, Tello Hernandez. Y en terminos destos nombramientos Caldas Pereyra, Flores de Mena, Riminald. iun. addentes ad Molin. D. Castillo, cuyas resoluciones no hazen perjuyzio alguno a la justicia de doña Beatriz, ex rationibus seqq.

75 ¶ La primera, porque la ley vbi ita donatur 27. ff. de donat. causa mortis, dispone, que el pacto de no reuocar haga irreuocable la donacion causa mortis, porque la muda en do-

nacion entre viuos ex ſubintellecta donantis voluntate, que ſon los terminos en que hablan los Doctores que ſe alegan de contrario, lo qual no ſe puede ajuſtar a nueſtro caſo, porque el pacto de no reuocar, que es contra ſubſtantiam electionis, no la puede mudar en otro contrato alguno, ſalua ratione recti ſermonis: y aſsi queda el pacto ſin fuerça, l. cum prçcario, ff. de præcario, ibi: *Nulla eſt vis eius conuentionis*, tenent in terminis Bar. in dict. l. vbi ita donatur, in princip. Paul. de Caſtro, nu. 2. vbi cæteri ſcribentes, Barboſ. in l. quæ dotis 34. ff. ſolut. matrimon. num. 125. verſ. *Præterea*, Mieres, de maiorat. quæſt. 30. numer. 68. part. 1. Ioan. Gutierrez, de iuram. confirmat. p. 1. c. 12. num. 6.

76 ¶ Y Peralta, D. Molina, y los demas referidos ſupr. num. 74. que hablan en caſo de mayorazgo, y mejora, que ſiendo reuocable, ex l. 17 & 44. Taur. ſe haze irreuocable ex prædicto pacto (aunque tienen contra ſi a Angulo, y Mieres, dict. quæſt. 30. referidos in prima noſtra allegatione, numer. 13. y a Barboſ. in dict. l. quæ dotis 34. ff. ſoluto matrim. num. 116. verſ. *Quæ tamen concluſio*) no diuerſifican eſtos terminos, porque los de las leyes 17. y 44. Tauri, ſon de donacion, vt probat ipſa lex 17. in fin. ibi: *O por alguna cauſa, que ſegun las leyes de nueſtros Reynos las donaciones perfectas, y con derecho hechas ſe pueden reuocar*, y la ley 44 prueua lo miſmo, pues hablò en terminos de mayorazgo, que no ſolo es vna donacion, ſed plures donaciones, quod ſunt vocationes, vt tenet D. Molina. lib. 1. c. 1. num. 17. & notant omnes DD.

77 ¶ La ſegunda razon, porque no puede obrar en nueſtro caſo el pacto de no reuocar, es porque todos los Doctores conſideran, que para que tenga fuerça ſe ha de poner in verbis diſpoſitiuis, y no obra efeto alguno en las clauſulas executiuas, vt in noſtra allegatione num. 17. lo qual prueuan todos los autores de que la parte contraria ſe ha valido, Deci. in l. fin. num. 21. C. de pactis, & in l. non omnis. num. 11. ff. ſi certum petatur, Ant. Gabr. tit. de iur. iur. lib. 2. num. 3. & 4. Maſcard. de probat. lib. concluſ. 561. num. 3. & 4. Menoch. de præſ. lib. 6. prçſ. 10. num. 3. Dom. Couarr. in Rubric. de teſtament. 2. part. num. 13. verſ. *Tertia concluſio*, Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. nu. 42. Barboſ. in dict. l. quç dotis 34. ff. ſolut. matrim. num. 118. Ioan. Gutierrez, de iuram. part. 1. cap. 12. num. 5. & lib. 2. quæſt. 77. in fine.

78 ¶ Y para que ſe diga eſtar en lo diſpoſitiuo, ſe ha de auer pueſta en las palabras ſubſtanciales del contrato, Anton.

Gomez,

Gomez, variar. tom. 2. cap. 4. num. 22. ibi: *In ipsa substantia donationis, & principalibus verbis dispositiuis, in quibus substantia contractus consistit.* Matienço, in l. 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 10. ibi: *Dono fundum, quam non reuocare promitto.* Mieres, dict. q. 30. à num. 30. lo qual falta en nuestro caso, y assi no nos hazē oposicion los Doctores de contrario alegados, pues estamos en el caso de su limitacion.

79 ¶ La 3. y q̃ saca nuestro caso de qualesquiera dudas, es que la disposicion, l. vbi ita donatur, ff. de donat. caus. mortis, procede en caso que el pacto es contra substantiam contractus, vt ibi notant Bar. in princip. Paul. n. 2. & cęteri DD. y en caso que el pacto es contra naturam actus, & rei incontractum deductæ, tunc dispositio, l. vbi ita donatur nō procedit, sed sequēs distinctio obseruatur, si pactum contra naturam actus in contractum deducti à principio appositum fuit, contractus nullius est momenti, si autem in alia clausula prædictum pactum apponatur, reijcitur, & contractus remanet, quasi pactum non esset appositum, quod probatur ex l. per seruum 14. §. fin. cum lege sequenti, ff. de vsu & habitatione, inquit Vlpianus, in dict. §. fin. vers. *Denique*, que si se lega el vsufructo, deducto vsu in eadem oratione, no vale el legado, porque la calidad con que se hizo està opuesta a la naturaleza del vsufructo, que sin el vso no se puede gozar, ibi: *Denique si fructus deducto vsu legatus sit, inutile esse legatum*; y en la ley sed si de fructu siguiente, vers. *Sed si*: decide Paul. que si legado el vsufruto, in alia oratione vsus adimatur, nullam esse ademptionem, porque se opone a la naturaleza rei legatę, ibi: *Sed si vsufructu legato, vsus adimatur, Aristo. scribit, nullam esse ademptionem.*

80 ¶ La distincion desta ley tienen todos los Doctores por limitacion, l. vbi ita donatur, ff. de donat. causa mortis, ibi Bart. in princip. *Sed dic, quod ibi non est contra substantiam contractus, vel dispositionem, sed contra nomen rei in dispositionem deductæ, & tunc debet distingui, aut hoc fuit ab initio, & non valet, aut ex post facto, & remittitur illa ademptio.* Immola ibi: *Quandoque est contra substantiam, seu essentiam, seu naturam rei deductæ in dispositionem, & de hoc propriè loquitur, l. per seruum.* Vbi etiam Paulo de Castro, num. 3. ibi: *Si verò contra naturam rei in contractum deductæ, tunc distinguitur, an à principio, & vitiat contractum, an ex post facto, & non vitiat, sed ipsum vitiatur, vt in l. per seruum.* Bald. in dict. l. per seruum, §. si vsusfructus, ff. de vsu, & habitat. n. 2. ibi: *Sed si adimatur in alia oratione post legatum, non vitiat legatum.*

Y nues-

81 ¶ Y nuestro caso està aiustado al vltimo de esta distincion, porque siendo la elecion sui natura variable, licet in contractum deducta, conseruó esta calidad, vt supra à nu. 13. & 21. dictum remanet y el pacto de no reuocar q̃ despues de hecha la elecion y nombramiento in alia oratione se puso es opuesto a la naturaleza ipsius rei, & actus in contractum deductæ, quare reijci debet tenet in nostris met terminis Do: noster Pręs. to. 1. consil. 63. num. 34. ibi: *Pro quo facit, quod quando quis facit contractum sua natura reuocabilem, etiam si promitteret se non reuocaturum, poterit reuocare.*

82 ¶ La quarta razon porque los Dotores que enterminos del pacto de no reuocar puesto en elecion se consideren nihil obstant. Porque el consejo 693. lib. 6. de Riminaldo es en terminos de elecion que se concedio en testamento in princip. ibi: *Honoranda D. Siluia coniux D. Ioann. Franc. Canalis instituit D. Constantiam filiam suam.* Et postea num. 65. ibi: *Cum tamen penderet ab alieno iure, videlicet, Do. Siluiæ in testamento suo facta semel electione variare non potuit.* Y a los primeros nombrados se les entregó la possession, in principio, ibi: *Dedit, tradit, & consignauit.* Y assi la elecion por si era inuariable, y tuuo poco que obrar el pacto de no reuocar, y juramento. Y Flores de Mena resoluio en este punto con el presupuesto de que la elecion ex contractu, non erat sui natura variabilis, q̃ siendo cierto como se ha fundado este principio, no puede obrar el pacto irreuocabilidad. Y los adicionadores del señor Molina, lib. 2. cap. 4. num. 35. resoluieron con el mismo presupuesto. Y Caldas Pereira 3. part. de potestat. eligend. cap. 2. à num. 24. de mas, que reduze sus resoluciones a los terminos de las leyes de portugal en que tienen diferente calidad y naturaleza los nombramientos emfiteuticios en el n. 30. dize, que no basta el pacto de no reuocar, si no es q̃ con el ay cession de todo el derecho, y potestad que el eligẽte tiene ad emphiteusim, ibi: *Ego tamen aduerto, hanc resolutionem, seu limitationem ad hanc legem Regiam in principio plané subuerti, ac labefactari ex eiusdem verbis, quatenus disponunt, potestatem reuocandi semel factam perpetuam esse, quamuis per viam contractus onerosi, & irreuocabilis fiat, & si fauorabilis ille sit, & ibi quod cum ita legislatori placuerit admitti nullo modo potest superior assertio existimantium sufficere promissionem de non reuocando, quæ secundum communem sensum, & intelligentiam, in dict. l. vbi ita donatur, solum efficit donationẽ causa mortis alias sua natura reuocabilem, firmam, & irreuocabilẽ: quod*

ad

ad impediendam nominationis factæ reuocationem minime sufficit, nisi simul emphiteuta nominans, cedat, & trãsferat in fauorem nominati omne ius, & potestatem, quam habet in emphiteusi. Palabras que euidentemente confirman nuestro intento, pues en caso de juzgar la eleciõ sui natura variable, resuelue, que el pacto de no reuocar, no puede impedir la variacion, nisi prædicta cessio interueniat. Y el señor don Iuan del Castillo dict. lib. 5. cap. 80. es defensor de nuestra justicia en todo el capitulo, y asi no ay que ponderar sus palabras.

83 ¶ En el num. 74. y 75. se vale el Abogado del Licenciado Francisco del Castillo para dar fuerça a su nombramiento del juramento que haze el contrato irreuocable, ex Tello Fernandez, Dom. Molina, Caldas Pereyra, y Riminaldo. Y porque en nuestra primera informacion està respondido a este fundamento à num. 16. Y referidos los exemplares en que el juramento no haze irreuocables los actos sui natura reuocables, solo se ponderaràn algunos Dotores en terminos desta resolucion, y de nuestro caso, y se responderà a los que de contrario se alegan.

84 ¶ Cum alijs quàm plurimis tenet Dom. Couarru. quod actus contra iuramentum valeat, licet agens lis periurus, in rubric. de testamentis, 2. part. num. 15. & magis ad nostrum propositum, in cap. quamuis pactum, 1. part. §. 4. num. 1. vbi indubitanter tenet, quod si cõtractus sua primordiali natura, & non accidentaliter est reuocabilis iuramẽtum non immutet, quia contrahens secundum eius naturam intelligitur iurare, Ioã. Gut. de iur. confir. 2. p. c. 1. n. 2. in fi. & p. 1. c. 37. n. 3. & 5. ibi: *Ea dicuntur naturalia, quæ procent virtute quadã ab initio a propia rei specie.* Fontan. de pact. to. 1. clau. 4. g. 21. p. 1. n. 83. ex Sarm. in l. vnum ex familias, in prin. n. 7. de legat. 2. Micr. in terminis electionis, p. 1. q. 48. n. 252. Hieron. Gonç. in reg. 8. Cancell. gl. 5. §. 6. n. 3. ibi: *Quæ manualia beneficia præcario comparantur Mandos. Reb. talique modo possunt ad libitum à moueri, quod non valet pactum factum ab abbate de contrario, & eo non obstante, quamuis interuenisset juramentum, posset à mouere, vt post Archidiaconum, & Ioann. Andr. in cap. præsenti, de offic. legat. in 6. tradit Gambar. de officio legati in reseruando beneficia, num. 12. Rebuf. de pacificis posseß. num. 247. verfic. Item si Abbas.* Dom. noster Præses, in 2. tom. consilior. consil. 1. huius libri, & in ordine ad 1. tom. 101. vbi num. 9. tenet, que el nombramiento del Vicario es irreuocable a voluntad del Obispo, & num. 10. *Quod hoc procedit, etiam si Episcopus Vicarium non reuocare iurasset.* In cuius confirmationem adducit Butrium, & Ioann. Andr. Abb.

in cap. tua, num. 5. de offic. Vicarij, Paul. de Castr. consil. 361. num. 4. volum. 1. Alexand. consil. 18. num. 8. volum. 2. Rebuf. in prax. part. 1. titul. forma Vicariatus Arehiepiscop. num. 193. Boer. decis. 347. num. 1. Anton. Gabr. lib. 2. conclus. titul. de iur. iurand. conclus. 1. num. 14. Alpho. Carmonens. in tractat. de beneffic. in comp. part. 2. cap. 10. num. 1. Sbrozius, tract. de Vicar. Episcop. lib. 3. quæst. 32. num. 5. tenet etiam, quod actus contra iuramentum sit validus, licet agens periurus sit, Cancer. variar. part. 2. cap. 8. n. 117. ex celebri gloss. in cap. fin. in versic. reuocacus, de procuratorib. in 6. tenet in terminis electionis Surd. consi. 264. à num. 35. ibi: *Promissio autem Catherinæ de non reuocando electionem factam in personam Helenæ quantumuis iurata non nocet, nec impedit nouam electionem.* Et num. 40. ibi: *Non obstat iuramentum interpositum super eo pacto, quia si actus est sui natura mutabilis, iuramētum non potest eũ alterare. lib 2.* La misma resolució tiene Serafino de priuileg. iuram. priuileg. 75. à num. 7. Lo qual dize q̃ procede aunque de los contratos se adquiera derecho a tercero quando el acto in suo origine dependet a voluntate, num. 8. in fin. ibi: *Ego vero arbitror communem solutionem posse dessendi: nam quamuis admittamus procuratoris constitutionem dependere à volũtate duorum propter acceptationem mandati.* Et. ibi: *Istud tamen esset per accidens, quia sui origine, & ao ipso principio, dependet tantum a cõstituentis potestate, & voluntate, & initium est spectandum, non quod postea superuenit.* De que infiere num. 16. & 17. quod legatus, & Vicarius potest reuocari non obstante iuramento. Y refiere otros muchos exemplos: & postea num. 20. confirmat prędictam rationem, ibi: *Et videtur omnium prædictorum posse dici rationem esse, quia non potest quis mutare naturam rerum, vt remaneant in esse suo.* Resoluciones todas ajustadas a nuestro caso de elecion sui natura variable.

85 ¶ A los lugares del señor Molina lib. 4. cap. 2. nu. 56. & 57. Tello Fernand. in l. 17. Taur. num. 99. ya queda respondido supra a num. 74. que hablã en donaciones en que ay diuersa causa para que el pacto de no reuocar, y el juramẽto puedan obrar mudandolas in alium contractum, quia appari procedunt pactum de non reuocando, & iuramentum, sin autem cõtractus sit talis naturæ, vt salua ratione recti sermonis in alium transire non posit, nec pactum de non reuocando, nec iuramentum aliquid operantur, vt distinguit Tello Fernandez alegado de contrario, in dict. l. 17. num. 98. in fin. & 99. ibi: *Vbicumque dispositioni de sui natura reuocabili apponitur*

ponitur pactum, vel iuramentum de non reuocando remanentum vene in eodem esse, & substantia, non alterat naturam dispositionis, ne aut corrumpenda est natura dispositionis, aut reijciendum est pactum, & iuramentum, ita procedit text. in dict. l. cum praecario, nam cum sit praecarium est impossibile, quod per pactum, vel iuramentum non sit reuocabile. Et ibi: *Vbicumque vero dispositioni reuocabili apponitur iuramentum de non reuocando, vel pactum, si illa dispositio non remanet intermi nis suis, sed potest transire in aliam similem speciem, quibus verba non repugnent, tunc ex reuocabili dispositione efficitur irreuocabilis.* Y que estemos en el primero caso desta distincion en que nuestro acto de elecion no puede passar in aliud genus salua ratione recti sermonis supra, à numer. 74. dictum est. Y assi son Dotores en nuestro fauor. Al consejo de Riminaldo 693. y lugar de Caldas Pereira, lib. 3. cap. 2. â num. 35. Y de Flores de Mena dict. quæst. 22. num. 30. está respondido supra nume. 82. porque la misma razon procede enel juramento que enel pacto de no reuocar para no poder mudar la naturaleza del acto in contractum deductæ, vt supra a num. 79. diximus, & distinguit Tello Fernandez vbi proxime, y assi lo siente Caldar dict. cap. 2. num. 36. que el juramento podrà dar fuerça al nombramiento, ibi: *Si modo omne ius emphiteuticum in nominatum contulerit.* que es lo mismo que resoluio para que obrasse el pacto de no reuocar. vt ex verbis, supra nu. 82. relatis videri potest.

86 ¶ En el num. 76. se vale el Licenciado Francisco del Castillo para irreuocabilidad de su nombramiento, que fue hecho por contrato oneroso, respeto de auerse obligado a pagar la renta del arrednamiento a los Beneficiados; y alega a Flores de Mena, dict. quæst. 22. num. 30. Cardos. verbo, emphiteusis, num. 18. Pereira, 3. part. cap. 2. num. 31. Castillo, cap. 80. num. 7. Gabr. Pereira, decis. 9. num. 3. Riminald. iun. dict. consil. 693. num. 31. & 33. A este fundamento le falta el del hecho, porque todos los Dotores referidos hablan en contrato oneroso de dote, aut interueniente pecunia, vt apud ipsos videri potest, & alios, qui omitun tur, y no es bastante la obligacion de pagar la renta para que que se diga oneroso; porque esta obligacion viene en consequencia de la aceptacion, y es carga real, sin la qual no se pudiera aceptar, y por faltar notoriamente el fundamento del hecho para la aplicacion de la resolucion de derecho, no es necessario tratar si ser el nombramiento oneroso impide la variacion, que es controuertido, & videri potest Caldas Pe

reira,

reira, dict. lib. 3. cap. 2. num. 31. donde resuelue, que sin embargo de ser hecho por causa de dote, no pierde su naturaleza. De que resulta, que la primera elecciō se deue juzgar por variable, sin embargo de los argumentos contrarios, y preferirse doña Beatriz en virtud del segundo nombramiento.

Replica de los argumentos opuestos cōtra el segundo fundamento.

87 ¶ En caso que el primero nombramiento no fuera variable por la possession que se adquirio a doña Beatriz en virtud de las clausulas de tradicion de escritura y de constituto, y en consequencia el dominio deue ser preferida al Licenciado Francisco del Castillo: y para que mejor se conozcan los fundamentos de derecho, se referiran las clausulas del hecho en que se fundan.

88 ¶ Auiendose hecho el nombramiēto en doña Beatriz, y acetadolo, prosigue la escritura. *E yo el diebo Rodrigo de Molina doy poder cumplido a la dicha doña Beatriz para que pueda parecer ante la justicia desta villa, y pedir que se le dè la possession del dicho cortijo, y otorgar poder para que en su nombre la tomen. Y en señal de possession le entrego el registro desta carta. Y yo la dicha doña Beatriz Romero tomé esta escritura en señal de la dicha possession, y la bueluo al presente escriuano para q̄ della me dè vn traslado, dos o mas. Y yo el dicho Rodrigo de Molina en el interim que la dicha doña Beatriz mi muger la toma judicial y actual, me constituyo por su inquilino, tenedor y posseedor por ella, y en su nombre como mejor puedo, y a lugar de derecho, y al cūplimiento obligamos nuestras personas y bienes.*

89 ¶ Que la clausula de tradicion de escritura obre el efeto de possession referido, non est dubitable; probatque in specie text. in l. 1. C. de donat. vbi Cinus, Alberic. Bald. & Salicet. Immol. in l. 3. ff. de adquirend. possess. & ibi Aretin. & Alexand. l. 8. titul. 30. part. 3. vbi Gregor. l. 17. & 44. Taur. Anton. Gomez. in l. 45. Tauri, num. 57. Dom. Couarruu. lib. 3. variar. cap. 16. num. 12. Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 10. Angulo de meliorationib. l. 1. gloss. 9. num. 2. Auendañ. in l. 44. Taur. gloss. 14. num. 13.

90 ¶ Y el mismo causa la de constituto, l. quedam mulier, & ibi gloss. Bart. & Angel. ff. de rei vindicat. l. quamuis, §. 1. vbi etiam Angel. l. quod meo, vbi communiter scriben

tes,

tes, ff. de acquir. poss. l. certè, §. 1. ff de precario, cap. cum venisset, & ibi glos. fin. & communiter Canonistę, de restitutione spoliator. ex quam plurimis Tiraquell. de iur. constitut. poss. 1. part. n. 2. resolucion aprouada iure nostro Regio, in l. 9. tit. 30. p. 3. vbi Gregor. gl. 4.

91 ¶ Teniendo la possession doña Beatriz en virtud de las clausulas referidas, deue ser preferido su titulo posterior al primero que no tiene possession, l. sine autem, §. si duobus, ff. de actio. lib. empt. l. quoties, C. de reiuindicat. l. qui tibi, C. de hæred. vel action. vendit. l. qui tibi, C. de his qui à non Domin. manumiss. l. 50. & 51. tit. 5. part. 5. vbi Gregor. l. 14. tit. 13. part. 5. probant in terminis DD. infra referendi.

92 ¶ La resolucion de la ley quoties, y demas textos referidos tiene lugar quando la possession se transfiere en virtud de las clausulas referidas, como si verdadera y actualmente se aprehendiesse en tanto grado, quod primus titulus cum clausula constituti, secundo, in quo actualis traditio interuenit, præfertur Aretin. & Ias. in dict. l. quoties, Oldraldo, cons. 114. Bald. in Rubric. C. de contrahend. emption. quęst. 16. & cons. 198. vol. 1. Aretin. in l. quod meo, ff. de acquir. poss. Tiraquell. de iur. constit. part. 1. num. 21. & 24 vbi dicit: Quod de hac resolutione nemo dubitat, Anton. Gomez, in l. 45. Taur. nu. 42. Ioan. Gutierr. de iurament. part. 1. cap. 30. num. 5. Porque la possession que se adquiere por estas clausulas es verdadera y propria, ac si vera traditio interuenisset, l. certè, §. 1. ibi: *Propriè habere dicor*, ff. de præcario, vbi Bart. idem Bar. in l. ab emptione, ff. de pactis, vbi Bald. Angel. & Fulgos. quam plurimos refert Tiraquel. vbi proximè, part. 2. ampliat. 1. n. 2.

93 ¶ Y no se impide esta prelacion, porque el primero titulo estè jurado, porque el juramento vim traditionis non habet, & ita titulus secundus cum traditione primo iuramento confirmato præferri debet, ita tenent Immola, in cap. cum cõtingat, de iur. iur. num. 81. Ias. in dict. l. quoties, num. 36. Gozadino, cons. 4. num. 2. ex quibus & ex text. in cap. sicut ex literis, de sponsalibus, hanc resolutionem probat Dom. Couarru. in cap. quamuis pactum, 1. part. §. 4. num. 2. ibi: *Nam etiam si prior venditio iurata fuerit, nihilominus eadem decisio obtinebit.* Anton. Gom. variar. tom. 2. tit. de emption. & vendit. nu. 20. vers. *Septimo principaliter extende.* Selua, in tract. Beneficij, 3. part. 4. quæst. num. 16. Anton. Gabriel, lib. 3. conclus. 2. de empt. & vendit. num 3. & 4. Rolando, cons. 6. num. 24. lib. 1. & cons. 62. num. 4. lib. 2. Ioann. Gutierrez, de iuram. confirmat. part. 1.

cap.

cap.30. à num.4 Seraphin.de priuileg.iur. priuileg.75.n.18. Cancer.variar.tom.2.cap.8.de iur. à num. 111. vbi eleganter comprobat, tenet etiam in nostrismet terminis, Didac. Brito, de locato, 2.part. Rubricæ, §.4.n.3.

94 ¶ Contra esta resolucion opone el Abogado contrario en el num.85. y 86. que no pueden obrar efeto de possessiõ las clausulas referidas, porque el eligente es colono, y no tiene possession l. quamuis, §. 1. ff. de acquir. poss. vbi scribentes, Bar. in l. quod meo, & ibi Alexand. eodem titulo, Tiraquell. 3. part. limit. 1. à num. 1. & 11. de iure constitut. Y que esta resolucion procede en bienes feudales, o emphiteuticos, Guido Pap. decis. 46. 81. & 112. Casanco, cons. 7. & in consuetudin. Rubri. 7. §. 1. verbo, *Saisit*, post n. 4. vers. *Item & quando*.

95 ¶ A lo qual se satisfaze breuemente, que la conclusion referida procede en el colono por tiempo breue, y no se estiende ad locationem longi temporis, seu ad vitas, como es la nuestra, porque en este vltimo caso el colono tiene dominio vtil, l. 1. §. quod autem, ff. de superficiebus, l. 1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectigalis, vel emphiteuticar. pet. Bar. in l. codicillis, §. instituto, ff. de leg. 2. num. 3. Paul. num. 4. Immola, col. 1. Dom. Couarru. lib. 1. cap. 16. num. 1. Iul. Claro, lib. 5. §. fin. quęst. 82. Dom. Molina, lib. 1. cap. 21. num. 16. & 17. vbi addentes Aluaro Valasco, de iure emph. quæst. 13. Peregrin. artic. 40. num. 94. Fusario, de subst. quæst. 525. ex num. 1. y possession, glos. in l. 3. §. ex contrario, verbo, ex contrario, ibi: *Item de re data in emphyteusim, vel in feudum*, glos. etiam, in l. si quis ante 10. verbo, *nouissimè*, ibi: *Item, & conductor quandoque possidet, vt si non ad modicum tempus conduxit*, ff. de acquir. possess. vbi Alexand. & probant DD. hoc nu. citati, Tiraquell. de iure constitut. limit. 14. part. 3. num. 12. ibi: *In huiusmodi colonum, siue conductorem perpetuum, vel etiam ad longum tempus transire vtile dominium, & possessionem*. Cald. Pereyr. 3. p. de potest. eligendi, c. 16. à n. 6. Brito, de locato, 2. p. Rubricæ, §. 4. n. 6.

96 ¶ Y assi procede la disposicion de la ley quoties quãuis in terminis locationis versemur, vt est comprobatum in nostra allegatione, n. 18. & tenet eleganter Didac. Brito, d. §. 4. num. 2.

97 ¶ Y no son contrarias a este intento las dotrinas de Guido Pap. decis. 46. y 112. (que la 81. no es del caso) a quien refiere Casaneo in consuetudin. Burg. Rubric. 7. §. 1. verbo, *Le mort saisit*, num. 4. vers. *Item & quando*, fol. 899. porque hablan en caso de enagenaciones de bienes feudales que se hizieron

sine

fine licentia domini, en las quales no se adquiere dominio vsque ad inuestituram per dominum feudi factam, inquit Guido Papa, dict. decis. 46. in princip. *Domino irrequisito*, & 112. nu. 2. ibi: *Non transfertur sine consensu domini directi.* Y en los mismos terminos son los consejos de Casaneo, y el lugar referido dict. Rubric. 4. ibi: *Ille præfertur, qui prius per dictum dominum fuerit inuestitus, & laudatus:* ita eos intelligit Tiraquel. de iur. constitut. p. 3. limit. 3. n. 1.

98 ¶ Y en caso que no sea necessaria licencia del señor del feudo, o emphiteusis, que se transfiera la possession, como si fuera de cosas libres, ex Baldo, & alijs, tenet vltra relatos sup. num. 95. Tiraquell. part. 2. ampliat. 36. de iur. constitut. num. 1. porque no tiene inconueniente, vt quod ad ipsum emphyteutam, seu colonum possessio transferatur, vt tenet Casaneus, cons. 8. col. 7. Oldrad. cons. 139. vbi loquitur in translatione possessionis virtute constituti, Deci. cons. 247. col. 2. vers. *Vltimo*, ex Bald. in l. quisquis, vers. *Iste passus*, C. de donat. ita tenet Tiraquell. vbi supr. part. 3. limit. 3. num. 4. in fine, ibi: *Nihil est certè, quod impediat dominium, & possessionem transire cessante ea ratione.* Et num. 5. ibi: *Sed etiam de iure communi putarem emphyteutam constituendo se possidere pro alio, non minus transferre possessionem, quã si verè tradidisset quantum ad ipsum emphyteutam, & illum cui vendidit, pertinet.* Cancer. var. lib. 1. c. 12. n. 19. in fin.

99 ¶ Desde el num 82. hasta el 84. (que se ha alterado el orden de los numeros de la alegacion contraria por mayor claridad) se pretende fundar, que la clausula de constituto no puede obrar, porque está conferida para despues de la muerte del eligente, tempore quo non est futurus possessor, y el contrato no auia de tener efeto hasta el mismo tiempo, y asi se ha de juzgar el nombramiento quasi prædictę clausulæ appositę nõ essent, quod nihil obstat.

100 ¶ Lo primero, porque las clausulas de tradicion de escritura, y de constituto que se refirieron supr. num. 88. son puras, y sin condicion alguna, y asi obraron luego su efeto, y para que se pueda dezir que el constituto està conferido in tempus mortis, se ha de auer expressado en el, y no auiendo esta expresion se deue tener por puro, l. omnia 32. ff. de leg. 2. l. in omnibus 14. ff. de reg. iur. ita Tiraquel. de iur. constitut. 3. part. limitat. 2. num. 1. & num. 14. ibi: *Secundo intellige, vt procedat, quãdo certo, & nominatim confertur post tempus mortis, secus si casu, vt nostri loquuntur accidentaliter.* Ant. Gomez, in dict. l. 45 num. 89. ibi: *Quod si in alienatione, vel contractu quis constituat se post mortem suam nomine alterius possidere.*

101 ¶ Lo segundo, que aunque la execucion de la dis
posicion esté conferida in tempus mortis (como en nuestro
caso) no impide que el constituto sea puro, y obre desde lue
go sus efetos, y translacion de possession y dominio, porque
la obligacion tiene luego efeto, y en el interim que llega la
execucion constituens non iam nomine suo, sed nomine cõ-
stitutarij possidet, eleganter Oldrald. consil. 114. en termi-
nos de donacion conferida in tempus mortis en quesse puso
constituto, num. 3. ibi: *Iuxta hoc etiam est attendendum, quod il-
lis verbis per quæ donatrix donatarij se nomine possidere constituit nulla
dies, nulla conditio est adiecta, ergo pure debent intelligi. Sed appreben-
sio corporalis, quæ facit detentionem; videtur habuisse diem post mortẽ
donatricis, quæ dies, & si desiderat petitionem, non tamen suspendit o-
bligationem, nec præsentem soliditatem eius, cui adijcitur.* Et ibi: *Di-
co, quod per addictionem mortis donatricis translatio possessionis, quæ pu-
ra videtur, non suspenditur, licèt effectus translatæ possessionis, qui per
apprehensionem habetur, differatur, & possumus dicere illud legale, non
conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere.*
idem tenet consil. 139. num. 5.

102 ¶ Tiraquell. de iur. constituti, part. 2. ampliat. 9.
ibi: *Amplia nono vt procedat etiam si constituens, vel simpliciter, vel
præcario expresse pactus sit, vt fundum quẽ ita se constituit possidere pro
alio possit pro se retinere, & possidere ad vitam.* Et affert Corneum
consil. 8. lib. 2. idem Tiraquell. dict. part. 2. ampliat. 16. ibi:
*Idem intellige de actu puro illo quidem, sed cuius effectus post aliquod tẽ-
pus suspenditur, exempli causa, dono, aut vendo tibi rem, quampiam, ea
tamen lege vt post mortem meam tantum, vel post decẽ annos re ipsa frua
ris.* Esta ampliacion es en terminos de nuestro caso, en que la
elecion es pura, y sola la execucion está conferida post mor-
tem, y assi no se impide el efecto del constituto.

103 ¶ Y la regla que sienta el Abogado contrario nu.
82. suæ allegationis, para que el constituto no obre quando
està conferido in tempus mortis, ex ijs quæ refert Tiraquell.
part. 3. limitat. 2. num. 1. La limita el mismo Tiraquelo en
nuestro caso, en que el acto es puro, y sola la execucion está
conferida in tempus mortis, dict. limit. 2. num. 18. ibi; *Quar
to intellige ita procedere, vt si actus ipse non confertur post mortem con-
stituentis, executio tamen, & effectus eiusdem in illud tempus confertur,
tunc per constitutum appositum in ipso actu transfertur possessio.*

104 ¶ A que no obsta la razon enque se funda la regla
videlicét, que despues de la muerte no puede obrar el consti
tuto, quia possessio est facti, quam hæreditas habere nõ po-
test,

test, l. vniuersas, §. quod per colonum, l. cum hæredes, ff. de acquirend. hæredit. l. 1. §. Scæuola, ff. si quis testamento liber esse ius fuerit.

105 ¶ Porque el que tiene adquirida la possession ex clausula constituti, no la pierde per mortem constituentis, nisi data negligencia, probat expresse text. in l. si de eo 40. §. si forte, ff. de adquirend. possess. ibi: *Si forte colonus, per quem dominus possideret decessisset: propter vtilitatem receptum est, vt per collonum possessio, & retineretur, & continuaretur, quo mortuo dicendũ est, non statim eam interpellari: sed tunc demum cum dominus possessionem adipisci neglexerit.* vbi gloss. verbo, *neglexerit*, idem probat l. si id quod 25, §. & per colonos, ff. eodem titul. ibi: *Et per colonos, & inquilinos, aut seruos nostros possidemus, sed & si moriantur, aut furere incipiant, aut alij locent: intelligimur nos per eos retinere possessionem.* vbi Bart. & Paul. num. 1. ibi: *Licet is, qui meo nomine possidet, moriatur, vel furere inciptat, ego tamen possessionem nõ perdo.* Bald. in cap. licèt causam, de probationib. num. 34. in fin. ibi: *Per hoc dominus non perderet possessionem, quia collonus est potius organum, quam possessor.* Anton. Gom. in l. 45. Tauri, nu. 89. versic. *Aduertendum tamen est, quod ista conclusio aperte est falsa.*

106 ¶ Y doña Beatriz Romero no ha tenido negligẽcia en conseruar la possession, y ha estado en la actual desde la muerte de Rodrigo de Molina su marido, como es hecho notorio, y se le amparó en ella por la justicia, a que no puede obstar la contradicion hecha por el Licenciado Francisco del Castillo, ni auerse dicho por el juez que se la daua sin perjuyzio de tercero, de que se vale el Abogado contrario en el num. 89. porque la possession se transfirio por la clausula de constituto, puramente y sin condicion, y la conseruó doña Beatriz despues de la muerte de su marido. Y siendo concession pura no obra la clausula sine præiuditio tertij puesta por el juez, vt obseruat Surd decis. 290. num. 25. ibi: *Quod vero vltimo loco dictum est de clausula saluis iuris alienis optime procederet si ea clausula fuisset ab Episcopo concedente adiecta, sed cum fuerit adiecta à iudice, qui decretum, & auctoritatem interpossuit, non nocet.* Et ibi: *Modificat decretum, cui fuit adiecta, non autem concessionem, quæ est simplex, absoluta, & sine reseruatione.* Gratiano, cap. 317. num. 31. tom. 2. Demas de que no puede aprouechar al Licenciado Frãcisco del Castillo la clausula sine præiuditio tertij, porque solo obra en fauor de los que tienen possession, Bald. in l. fin. C. de ædict. Diui Adrian. tollend. num. 48. vbi Salicet. num. 23. Peregrin. artic. 47. num. 29. Gratian. dict.

cap. 317. num. 13. quia facit conditionalem missionem si alius sit in possessione, l. item labeo 23. §. 1. vbi gloss. verbo, *si pure*, ff. famil. ercisc͠udæ. Y si no ay posseedor en cuyo fauor obre, no suspende la adquisicion, cum hæc clausula nullum ius tribuat, sed acquisitum præseruet, l. idem, circa princip. ff. de testam. tutell. l. penult. ff. de aqua quotidan. & estiu. l. 3. §. penult. ff. de liber. homin. exhib. Oldrald. consil. 237. num. 8. & 9. Gratian. cap. 732. num. 14. tom. 4. Y assi es indubitable auer conseruado doña Beatriz la possession q̃ le transfirio la clausula de el constituto desde su nombramiento.

107 ¶ Lo tercero, se confirma la adquisicion de la possession en virtud de las dichas clausulas con que obran y tienen cumplido efeto, aunque se interpongan en contratos cõdicionales, Guid. Pap. decis. 268. Ruin. consil. 136. num. 2. lib. 1. Tiraquell. part. 2. ampliat. 15. Y amplia esta resolucion aunque el constituto sea condicional, conditione impleta, dict. 2. part. ampliat. 17. y sobre bienes futuros quando de eis specialiter est actum, Bart. & Salicet. in l. fin. C, quæ res pignori obligari possunt, ex alijs Tiraquell. 2. part. ampliat. 32. num. 1. & 18. Anton. Gom. in l. 45. Taur. nu. 48. in fin. Thesarur. decis. 215. num. 7. Anton. Fabro, in suo codic. lib. 7. titul. 7. de acquiren. possess. diffin. 20. Fontan. de pact. nuptial. claus. 4. gloss. 27. à num. 21. tom. 1. quia possessio in casum, & sub conditione transferri potest, l. qui absenti 38. §. 1. ff. de acquirend. possess. y obra la clausula *ex nunc*, idem Tiraquell. dict. 3. part. limit. 2. num. 15. que habla en caso que està conferido para despues de la muerte con esta clausula ex nunc, a que corresponde la que tiene nuestro nombramiento, ibi: *En el interim que la toma.* Con que no se puede dudar que las clausulas de tradicion de escritura y constituto obrassen sus efetos.

108 ¶ Desde el num. 87. hasta el 96. se pretende fundar por parte del Licenciado Francisco del Castillo, que siẽdo ninguno el nombramiento de doña Beatriz por estar extinguida la facultad de elegir, y no ser licita la variacion, son de ningun efeto las clausulas puestas en el, y no se puede por ellas adquirir possessiõ; y assi cesa el fundamento de la l. quoties, lo qual se prueua con diuersos medios.

109 ¶ A lo qual se satisfaze, con que falta el fundamẽto del hecho para aplicar estas resoluciones, respeto de ser el segundo nombramiento valido, y la facultad de elegir varia-

ble,

ble, vt supra a num. 13. diximus; y los lugares que se alegan en el num. 93. para que la enagenacion y tradicion posterior sea nula quando la primera se hizo en virtud de licencia y facultad, padecen el mismo defeto. Porque la l. fin. C. de iur. emphiteut. procede en terminos que para la enagenacion es necessaria licencia y consentimiento del señor del emphiteusis, y asi se prefiere el que la tiene, aunque sea posterior, sin atender a la tradicion, porque en su perjuyzio no vale la enagenacion: y en estos terminos es la question 64. lib. 4. de Anton. Thesaur. num: 4. ibi: *Ille præfertur, qui primo loco est à domino directo inuestitus:* Y la resolucion de Aluaro Valasco de iur. emphit. in quęst. 14. num. 9. & 10. ibi: *Vnde deffectus translationis possessionis nõ prouenit ex imbecillitate clausulæ, & ficti modi trãsferendi, cum idem sit in vera traditione, sed ex defectu consensus domini.* Y de Caldas Pereira, lib. 4. cap. 10. num. 33. ibi: *Cum emphiteuta de consensu domini emphiteusim traddidit.* de emphiteus. extinct. Y el lugar de Baldo y Gregorio Lopez, y Hermosilla, son en terminos de feudo en que procede la misma razon de preferirse el que tiene inuestidura del señor del feudo, y no valer las demas enagenaciones en su perjuyzio, y faltando esta razon resueluen que se ha de preferir él que tiene traditiõ inquit Bald. in cap. 1. si de fœud. fuerit controuersum, §. si facta, num. 2. ibi: *Sed quid si vendidisset cum consensu domini.* Et nu. 3. ibi: *In proprietario vendente confiteor, quod prior in possessione, licét sit secundus in titulo habet iura potiora.* Gregor. in l. 50. titul. 5. part. 5. gloss. 1. circa fin. Auiendo dicho en las palabras que refiere a la letra el Abogado contrario, que quando es necessaria licencia y consentimiento, se prefiere el que tiene primero titulo, porque la licencia se entiende para sola la primera enagenacion, inquit. *In contrarium tamen facit, l. Tau. 44. quæ permittit reuocacionem maioriæ, & si facta sit de licentia Regia, quando non fuit tradita possessio, vel si non fuit facta ex causa onerosa, & si cum extra istos casus maioria non sit reuocabilis non videtur, quod expiret licentia in primi actu, procedet ergo, quod dicit Baldus quando maioria fieret ex causa onerosa, seu alias esset irreuocabilis.* De que se infiere, que por no auerse extinguido la facultad de elegir in prima electione, ni ser necessario en nuestro caso consentimiento del señor del directo dominio para la enagenacion, y nombramiento, se deue preferir el titulo que tiene tradiciõ, ex DD. pro contraria parte adductis.

110 ¶. Lo segundo se responde, que para este fundamento no es a proposito dezir, que es nulo el segundo nombra-

miento por auerse extinguido la facultad de elegir, y no ser la primera eleccion variable; porque aunque fuesse inuariable se auia de preferir el titulo segundo por la tradition ex l. quoties, ex eo quod in prima venditione facultas vendendi de iure extincta est. Y no solo no fue licito vẽder segũda vez, imó, que el vendedor cometio delito de falsedad, l. qui duobus 21. ff. ad leg. Cornel. de fals. l. 7. titu. 7. part. 7. Y sin embargo le dà prelacion el derecho al segundo comprador virtute traditionis; por lo qual todos los Dotores que en el num. 94. refiere el Abogado contrario para que siendo nulo el titulo en que ay tradicion, se prefiera el primero que no la tiene, no fundan la resolucion en ser licita ó no la variacion, sino en nulidad que prouiene ex alia causa, nempe ex defectu consensus alicuius, cui prçiuditium generatur, seu ex pacto de non alienando cum hipotheca speciali, y asi lo reconoce el Abogado contrario en el num. 95.

111 ¶ Y en el 90. funda, que no pudo tranferir la possession por auer de gozar Rodrigo de Molina por su vida del arrendamiento, y que no pueden posseer dos insolidum, y lo mismo se auia dicho en el primero fundamento, num. 48. & 49. A lo qual se ha respondido por todo el discurso de este que no vuo inconueniente en tranferir la possession; y esto no es posseer dos in solidum, sed constituens nomine constituarij.

112 ¶ En el num. 97. 98. y 101. se pretende dar al Licenciado Francisco del Castillo derecho real en virtud del primero nombramiento, ex l. quoties, C. de donat. quæ sub modo, l. 7. titul. 4. part. 5. que comprueuan Caldas Pereira, Gama, Valasco, Flores de Mena, y limitar cõ esta adquisicion la prelacion de la l. quoties, C. de rei vindicat. ex Alberic. Bald. Anton. Gom. D. Couarr. Auendaño.

113 ¶ Respondetur, que la disposicion l. quoties, C. de donat. quæ sub modo l. 7. tit. 4. per 7. no se pueden aplicar a nuestro caso, porque son en terminos que las donaciones estan hechas en fauor de personas ciertas, a las quales se les auia de adquirir el derecho precisamente ex voluntate, & dispositione donantis, y en nuestro caso no estaua derecho adquirido antes de la eleccion a persona cierta, y el que con ella se adquirio fue variable, y sugeto a la voluntad del eligente, y asi no puede obrar la ley quoties, vt in terminis considerat Caldas Pereyra in dict. respons. 2. pro Societat. Ies. num. 18. ibi: *Sexto non obstat dict. l. quoties, C. de donat. quæ sub modo, quoniam*

debet

debet intelligi, quæsita actio vtilis post mortem stipulantis, si primus emphyteuta acquirens in eadem voluntate perseueret. Dom, Castillo, lib. 4. cap. 5. num. 41. donde resoluio en caso mas apretado, videlicét, quod emphyteusis pro filijs fuit concessa, ibi: *Ad primum argumentum, l. quoties, C. de donat. quæ sub modo l. 7. tit. 4. part. 5. satis apparet responsum induci, in quam fideicommissum, & dominium, ac possessionem transire in filios, nisi pater cui de iure, licèt in casu proposito ex iisdem hucusque resolutis, & ex dispositione donatricis, vt etiam notauimus aliter disposuerit.* Y Caldas Pereyra, Gamma, y Valasco, iam est sæpius dictum, que quando resueluen que se adquiere por el nombramiento derecho Real, e irreuocable, es en terminos de la ley de Portugal, y en los de derecho comun nostram resolutionem defendunt.

114 ¶ Respondetur etiam, que la mas verdadera resolucion es, que la ley quoties, C. de donat. quæ sub modo, l. 7. tit. 4. part. 5. no transfiere derecho de dominio, si no accion ad rẽ petendam post mortem grauati ex dispositione legis quoties non erat dubium, ex decisione l. Partitæ, probant etiam Gregor. in dict. l. 7. gloss. 3. Anton. Gomez, in l. 40. Tauri, *nu. 26.* Dom. Couarr. variar. lib. 1. cap. 14. num. 5. Matienço, in l. 8. tit. 7. lib. 5. Recopilation. gloss. 2. num. 2. Gomez Arias, in l. 43. Taur. num. 5. Aluar. Valasco, consultation. 194. num. 20. in fin. tom. 2.

115 ¶ Y esta resolucion es mas precisa en nuestro caso, porque cõforme a derecho no se adquiere dominio en semejantes contratos, nisi ex vera, vél ficta traditione, l. cum sponsus 14. §. in vectigalibus, ibi: *Si forté mihi bona fide tradita sunt,* ff. de publician. in rem actione, Alciat. in l. traditionibus, C. de pactis, & ex Bart. resoluit Aretin. in l. interdum 21. §. qui aliënam, ff. de acquir. possess. ibi: *Vnde tenendum est per illum textum, & per regulas iuris de quibus in l. traditionibus, C. de pactis, quod dominium vtile non transferatur in emphyteotam, nisi vera, vèl ficta traditione, & hoc sentit hic expresse Bart.* Y Alberic. Baldo, Ias. Ant. Gomez, Dom. Couarr. Auend. que se refirieron num. 112. que resueluen, se ha de preferir el primero titulo sine traditione a el segundo que la tiene, hablan en terminos que el primero titulo transfiere dominio sine traditione ex casibus, l. fin. C. de Sacrosanct. Ecclesijs, vèl alijs similibus, y asi no se puedé aplicar a nuestro caso, en que no puede auer translacion de dominio por el primero nombramiento.

116 ¶ En el num. 101. hasta el 104. se pretende fundar, que por auer doña Beatriz tenido noticia del primero nombramien-

bramien-

bramiéto, no se puede aprouechar ex dispositione l. quoties, C. de reiuindicat. porque se limita data scientia primæ venditionis.

117 ¶ Esta limitacion impugna Saliceto in l. penultim. num.6.quæst.1. C de reuocandis his, quæ in fraudem, & merito : porque el remedio que conceden los Dótores para que la segunda venta con entrega, en que el comprador tuuo noticia de la primera, no sea preferida, es accion reuocatoria: vt notat Baldus, in Rubric. C. de reuocand. his, quæ in fraud. nu. 1. ibi: *Vendidisti mihi rem aliquam, & antequam tradas, vendidisti, & tradidisti eam Titio in fraudem meam, nám in reiuendicatione, & publiciana potior est Titius, tamen si fraudem participauit reuocabo*, & in l. quoties, Alberic. Ias. opposit.9. Gregor. in l. 50. tit. 5. part. 5. gloss.1. versic. *Sed limitari potest*, Dom. Couarr. variar. lib. 2. cap. 19. num. 5. Y esta no se puede intentar contra el tercero posseedor, etiam si creditores agant ad rem tradendam, no auiendo hecho excusion en los bienes del principal védedor, l. 1. C. de reuocandis his, quæ in fraud. vbi gloss. verbo, *excusis*, ibi: *Sed hodie semper ex necessitate*, l. 7. tit. 15. part. 5. porque cumple con pagar el interes, l. 1. ff. de actionib. empt. ibi: *Si res vendita non tradatur in id, quod interest emptoris agitur*, ex quibus inquit Salicetus dict. num. 6. ibi: *Ego dubito ex eo, quia factus est debitor quantitatis, qui ad interesse tenetur, vél saltim præstando interesse liberatur, etsi, excusio videtur necessaria. Vnde si habet, vnde hoc interesse soluat non videtur reuocatoria agere posse contra emptorem*, Anton. Gomez, tom. 2. variar. cap. 2. num. 20. versic. *Tamen in puncto iuris*. Y quando fuesse cierta la limitació, no se podia atender a ella en este juyzio, en que solo se trata de la prelacion de los titulos, sin auerse intentado accion reuocatoria, ni hecho excusion in bonis eligentis, como sintio Baldus, defensor de la opinion contraria, in dict. l. 1. C. de reuocand. his, num. 1. ibi: *Nám in reiuendicatione, & publiciana potior est Titius.*

118 ¶ Sed quidquid de limitatione sit, no se puede ajustar a nuestro caso, porque los Dotores la fundan, en que teniendo noticia el comprador segundo de la primera venta, es participe del dolo y fraude que tiene el vendedor en perjuyzio del primero comprador: ita gloss. in dict. l. quoties, C. de reiuindicat. verbo, *iure*, ibi: *Iure non dolo*, vbi Salicet. num. 2. Bald. in dict. Rubric. C. de reuocand. his, quæ in fraud. nu. 1. Gregor. in dict. l. 50. tit. 5. part. 5. gloss. 1. Dom. Couarr. dict. lib. 2. cap. 19. num. 5. Anton. Gomez, tit. 2. cap. 2. num. 20. versic. *Secundo principaliter limita*, Ioan. Gutierrez, de iur. part. 1.

cap. 30.

cap.30. num.8. ibi: *Secundum contractum celebrarunt dolo*, cometiendo entre ambos delito de falsedad en el segundo contrato, l.qui duobus, ff.ad l.Cornel. de falsis, l.7.tit.7. part.7. Razon que cessa en nuestro caso, porque siendo la primera eleccion variable, sin dolo, ni faude, pudo variar y hazer el segundo nombramiento el eligente, *nullus enim videtur dolo facere, qui suo iure vtitur*, inquit regula iuris in l.nullus, ff.de reg iur. Y cessando la razon de la decision, eius dispositio cessare etiam debet, l.quod dictum, ff.de pactis.

119 ¶ Y aunque el primero nombramiento fuesse inuariable, la reuocacion no induze dolo, porque la hizo el eligẽte entẽdiendo que el derecho le concedia facultad de variar, como se prueua de las palabras del segundo nombramiento, ibi: *Y vsando de la facultad que el Derecho en tal caso me concede, y como mejor puedo, nombro a la dicha doña Beatriz*. Y aunque esta fuesse ignorancia de Derecho, siendo tan dificil escusa de dolo, y malicia, l.si fideiussor 29. §.quędam, ff.mandati, ibi: *Non congruit de apicibus iuris disputare*, Ias. in l.1. ff. de transact. numer. 2. Alexand. cons.19. num.12. lib.7. Farinac. in fragment. part.2. verbo, *ignorantia*, num. 266. porque qualquiera causa obra buena fee, y excluye dolo, l.igitur 12. §.& generaliter, ff.de liberal. caus. Ias. in l. qui iurasse, num.5. ff.de iur. iur. Ioan. Gutierrez, cum alijs, lib.1. quęst.81. num. 5. y siempre se presume buena fee, y hecho el acto ex causa licita, l.penult. C.de euictionib. gloss. verbo, *bona fides*, in cap. si diligenti, de præscript. Dom. Couarr. in reg. possessor. 2. part. §.8. num.2. mayormẽte en caso de fraude, para que tenga lugar la reuocatoria (en que se fundan los Dotores que defienden la limitacion) porque se ha de prouar por el que se funda en el, l.penult. C.de reuocand. his, quę in fraud. §. item si quis in fraudem. Instit. de actionib. l.7. tit.15. part.5. vbi gloss.9.

120 ¶ Y de lo mismo con que se pretende arguir fraude, se excluye con euidencia que es auer puesto en el segundo nombramiento relacion del primero. Porque si fuera el eligente con intento doloso, y con certeza que no era licita la variacion, no es verisimil que hiziera mencion del primero nombramiento, & quod non est verosimile credi non debet, l. fin. ff. de eo quod metus caus. cap. quia verisimile, de præsumpt. Y es de tãta fuerça la presuncion que resulta de la buena fee por auerse expressado en el contrato el primero nõbramiento, que vence a otra qualquiera que se prouasse de fraude, vt inquit Consultus in l. non intelligitur 5. §. si quis, ff. de

ff.de iur.fisci,ibi: *Si quis palam rogatus, & tacitè esset, agitabatur, quod magis prævaleret*,& ibi: *D. A. rescripsit in eo, quod cuiusque fidei palam commissum est, non esse existimandum fidem suam in fraudem legis accõmodasse*: quia quę publicè fiunt, dolum excludunt, l.nõ existimo 55.ff de administ.tut.l.pupillus 5.§.fin.ff.de auctorit. tutor.

121 ¶ Y en terminos resueluen esta question en nuestro fauor, reprouando la limitacion Barbos.in l.filiofamilias,§.fi. num.30.in fin.ff.solut.matrimon.mas expressamente Didacus Brito, de locato, 2.p.Rubricæ,§.4.num.5.ibi: *Hoc vero notabiliter ampliandum videtur, quãdo secundus conductor ad longum tempus cui res est tradita, sciens fuerat, & prudens, quod locator prius alij locauerat, adhùc enim non obstante tali scientia, & mala fide præferendus erit primo conductori, etenim licet quando quis emit sciens, quod venditor primo iam rem vendiderat, non sit præferendus re sibi tradita propter alienationem in fraudem creditoris, primi nempè emptoris celebratam, cui Prætor reuocatoriam, seu Paulianam ex ædicto, ff. quæ in fraudem credit conceditorũ*. Et refert alios: *Hoc tamẽ solùm videtur procedere respectu venditionis, & cuiuslibet similis contractus, per quem dominiũ directum transfertur, & alienantis patrimonium minuitur, quod non sic verificatur in locatione quantumcumque ad longus tempus celebrata.*

122 ¶ A el consejo de Riminaldo 693. que se pondera, para que teniendo ciencia el segundo nombrado de la primera eleccion no se prefiera, ya queda respõdido, que habla en eleccion hecha por facultad de testamento, que por si era inuariable, y huuo en fauor de los primeros nombrados tradicion, e interuinieron muchas presunciones de fraude, que refiere à n. 67.vsque ad 72.que todo cessa en nuestro caso.

123 ¶ Desde el num.105.hasta el 108. se pretẽde fundar, que el pacto de no reuocar con la obligacion de bienes confirmada con el juramẽto, que tiene fuerça specificæ expressionis, impide la enagenacion subsequente, y teniẽdo el primero nõbramiento estas calidades, el segundo no tuuo validacion, porque lo mismo obra el pacto de no reuocar, que no el de no enagenar, Domin.Castill.lib.5.c.80.n.23.Surd decis.225.nu. 9 Fontanell.claus.4.glos.25.num.69.71.& 72.

124 ¶ Esta oposiciõ no tiene fuerça alguna, porque todos los DD. requieren para que se impida la enagenaciõ por cõtrato (quod non licet regulariter, l. si ita quis, §.ea lege,ff.de verbor.obligat.l.ea lege,C.de condict.ob caus.l.fin. C.de pactis inter emp.) que aya pacto de non alienando cum hypotheca speciali, ex l.si creditor,§.fin.ff de distract.pignor. Ant.Gom. tom.

413

tom.2.cap.2.num.20.verſ.*Quarto principaliter limita*, Rolando, conſ.6.lib.1.num.26.Ioan.Gutierr.de iur. 1. p. cap.30. nu.4. in fin.& num.7.& in repetit.l.nemo poteſt,ff.deleg.1. nu. 44. Cancer.variar.lib.2.c.8.n.118.Brito,de locato,2.p.Rubricæ, §.4.num.7.& 8.& communiter Scribentes,& quod pactum de non reuocando, ſeu non contraueniendo, nihil ad propoſitum operetur,tenent Neguſantio,de pignoribus, 2. p. membro 1. num.6.ibi: *Quid ſi in conuentione non fuit adiecta prohibitio de non alienando,neque pactum, quod non alienetur res,& ibi ſed promiſſa per locatorem obſeruantia,& in ſpecie pro obſeruantia fuit hypotheca res locata,& ibi dubitabatur,ergo alienatio iſta eſt nulla, ſicut in præcedenti caſu, in quo in conuentione fuit prohibita alienatio, & breuiter dicēdum eſt,quod non.* Aluaro Valaſco,conſult.76.lib.1. num.7. ibi: *An vero facta ſit ſimpliciter locatio, & pro obſeruantia, & firmitate eius hypothecata in ſpecie ſit res ipſa locata, non adiecta prohibitione de non alienando rem,tunc enim valebit alienatio.* Domin. Caſtillo, lib.5. cap.80.à num.20.num.24.verſ.*Remanet ergo*, ibi: *Et conſequenter,quod in caſu præſenti etiam ſi interueniſſet,non modo pactum de non reuocando primam nominationem vitæ factam, ſed etiam generaliter facta fuiſſet bonorum obligatio de non reuocando, adhùc per ſecundam nominationem tranferri deberet; dominium in nominatum ſecundum*, Fontanella,de pactis nupt.tom.1.clauſ.4.gloſ.25. à num.54. donde propone la queſtion in pacto de non alienando. Y en el num.60.dize,que es comun reſolucion que aya de ſer cũ pacto prædicto hypotheca ſpecialis, ibi: *Verior tamen, & communior opinio eſt, quod non ſufficiat generalis bonorum obligatio.* Y la reſolucion que refiere de Surdo en el n.66. para que obre el pacto de non contraueniendo no la ſigue,nu.72.in fine,ibi:*Cogita tamē propter auctoritatem grauium DD.qui pro differentia tenent.* Y el caſo de la deciſion 225 de Surdo,que le obligò a dudar,es en muy diuerſos terminos,porque ſolo ſe controuirtio: Vtrùm emptor colonum expellere poſsit? Y ſe decidio,que no:y el principal fundamento fue,quia emptor ſciuit rem eſſe locatam, & videbatur ſolùm emiſſe ius, quod venditor habebat, & reſeruaſſe ius coloni,vt ibi videri poteſt,num.6.& 17. Y que el juramēto no obre impedimento a la traslaciõ de dominio,iam ſupra eſt dictum,y menos puede obrar que la hipoteca ſea eſpecial, porque para eſto auia de eſtar pueſto ſuper obligatione generali, Fontanella,d.gloſ.25.num.61.ibi: *Si generalem hypothecam concomitaretur iuramentum*: y no eſtà en eſte caſo en eſta forma, & ita nihil operatur,quia eſt ſtricti iuris, & de caſu ad caſum non extenditur,l.fin.cum vulgatis, C. de non numerat. pecunia, y

lo mismo procede en el pacto de no enagenar, que se ha de poner super hypotheca, vt alienationem impediat, l. si creditor, §. fin. ff. de distract. pignor. l. fin. tit. 5. p. 5. ibi: *Si algun ome empeñasse a otro alguna cosa, obligandose en tal manera, que non la podiesse vender*: todo lo qual falta en nuestro caso, y assi fue valida la segunda eleccion, y deue ser preferida, ex l. quoties.

125 ¶ Como lo fue in Regali Audientia Hispalensi, vt ex Alciat. Guill. Benedict. Valasco, de iur. emphyt. q. 14. num. 7. Caldas 3. cap. 6. num. 24. affirmat Domin. Castillo, lib. 5. cap. 80. per totum, & tenet etiam Didac. Brito, de locat. 2. parte, Rubricæ, §. 4.

Replica y satisfacion de los argumentos contra el tercero fundamento.

126 ¶ Pretende doña Beatriz Romero, que en caso que le faltassen los fundamentos precedentes (quod non est dicendum) le pertenece el derecho del arrendamiẽto del dicho cortijo por vna de las dos vidas, q̃ se prorogaron constante el matrimonio con el dicho Rodrigo de Molina, que la prorogacion fuesse constante el matrimonio, consta por los testimonios, y escrituras referidas supra à num. 2. que le pertenezca por esta causa, dezide la ley 1. tit. 3. lib. 3. fori, quæ est 2. tit. 9. lib. 5. recopilat. ibi: *Toda cosa, quæ el marido, y la muger ganaren, o compraren,* donde es de notar, verbum, *toda cosa*, que es vniuersal, & nihil excludit, l. Iulianus, ff. de leg. 3. l. hoc articulo, ff. de hæred. insti. & comprehendit non solùm res prędia ædes, seruos, & reliqua huiusmodi, sed iura, & actiones licet habeant tractum successiuum, & extendantur post mortem, vt ex alijs Ioan. Garcia, de coniug. acquæst. n. 64.

127 ¶ Todos los argumentos que se oponen a esta resolucion desde el num. 109. hasta el 125. allegationis contrariæ, se reduzen a quatro. El primero, que este derecho se adquiriò ex causa lucratiua por donacion del primero concedẽte, y assi no tiene parte en el la muger, l. 3. tit. 9. lib. 5. recopilat. El segundo, que la facultad de nombrar es personal. y solo puede elegir la persona a quien se concede, l. si stipulatus fuerim 76. ff. de verbor. obligat. El tercero, que es derecho indiuiduo, de que resulta no poderle pertenecer sino la estimaciõ. El quarto,

que

que este derecho no esta deduzido, y de las respuestas destos argumentos quedarà mas euidente y cierta la justicia de doña Beatriz.

128 ¶ Ad primum fundamentum respondetur, que la ley 3.tit.9.lib.5.recopil. habla en donaciones gratuytas, y no se puede estender a nuestro caso, que es contrato oneroso æquiparatus emptioni, l.1.& 2.C.de iur.emphyt.§.adeò, Instit.de locat.& conduct.vbi Domin.Pichard.num.18 & 21.l.28.tit.8.part.5.vbi Greg.Aluar. Valasc.de iur.emphyt.q.4.5.& 6 Parlador.dif.72.& 73. lo qual procede quàuis à principio certa quantitas non detur, præcipuè quando pensio non est modica (como en nuestro caso, que son 64. fanegas de trigo cada año) Alex.in l.si mihi, & Titio, num.13.vers. *Posset pro concordia*, & ibi Immola, ff.de verb.obligat.Surd.decis.290.à nu.10.præcipuè num.18.Stephan.Gratian.discept.for.tom.3.c.511.n.11.& 12.ibi: *Nec facit, quod huiusmodi emphyteusis fuerit concessa ex causa lucratiua, non autem onerosa cum nulla pecunia sit soluta per emphyteutam in ipso actu acquisitionis, quia sufficit fuisse promissam annuam pensionem scutorum quadraginta, quod facit concessionem onerosam*, por lo qual se deue comunicar el derecho q̃ por el se adquiere, cap.2.de donationib.inter vir.& vxor.ibi: *Cuiuscumque contractus titulo communiter obuenerunt*, y aun la donacion quando est ob benemerita, vel causa onerosa communicabitur, vt ex veriori opinione cum Dom.Couarr.Rodrig.Suarez, Greg.Lop. Montaluo, Gutierr.Ioan.Garcia, de coniugali acq n.125.

129 ¶ Ad secundum argumentum, la facultad de elegir en nuestro caso se adquirio en consequencia del derecho del arrendamiento, que se concedia, y assi fue sin limitacion, sino remitida a la voluntad del eligente, quo casu iure proprio eligit, ex distinctione Bart.in l.2 § data igitur, nu.6. ff.de optione legat.ibi: *Iure proprio quando ius eligendi in eorum persona resideat*, & num.7.Cephal.cons.359.lib.3. à num.15. Caldas Pereira, lib.3.de pot.eligendi, cap.16.à n.6.vsque ad 14. numero 9. ibi: *Vtique nominans, seu eligens ex vi conuentionis, non iam nomine domini, sed iure proprio ex pacto, & stipulatione iam quæsito nominare censetur.*

130 ¶ Y teniendo la eleccion en consequencia del derecho principal del arrendamiento, y que se adquirio para elegir iure proprio, & non nomine domini, se juzga por eleccion real, y se trasmite a los herederos, y a todos aquellos a quien se adquiere el derecho principal de la cosa porque se dexò la eleccion, l.si stipulatus fuerim 76.ff.de verbor.oblig. *In hæredes*

tamen

tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore. l. illud aut illud 19. ff. de opt. legat. vbi Bart. l. si sic legatum 75. §. fi. ff. de legat. 1. Alberic. in dict. l. si stipulatus fuerim, num. 1. Ias. nu. 3. ibi; *Vnde sicut actio transmittitur sic facultas eligendi, tanquam sequela, & executio iuris præambuli.* Zasius num. 10. Bart. num. 5. Anton. Gom. tom. 2. cap. 11. nu. 41. Flores de Mena, in additio. ad decis. 18. Gamæ, Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. num. 62. Azeued. in l. 5. titul. 4. lib. 5. recopil. num. 17. Dom. Castill. lib. 6. cap. 183. num. 8. Por lo qual auiendose adquirido este derecho como propio al marido, y en execucion y consequencia del arrendamiento, se deue juzgar por derecho real, y que en el tenga parte la muger, como la deue tener en todo lo que se adquiere y gana, constante el matrimonio.

131 ¶ El tercero argumento no puede obstar, porque estos derechos no son indiuiduos, l. item prædia 10. ff. famil. ercifcun. Bart. in l. qui Romæ, §. duo fratres, nu. 24. ff. de verbor. obligat. Ias. in l. fin. nu. 114. C. de iur. emphiteut. Cancer. variar. lib. 1. cap. 12. num. 27. ibi: *Emphiteusis vero diuidua est.* Valasc. de iur. emphit. q. 38. y en terminos iuris communis, y que no está prohibida la enagenacion fauore domini emphiteusis, idem tenet Caldas, 4. part. cap. 10. nu. 5. & 14.

132 ¶ Y en caso que fuesse derecho indiuiduo, no se impide la adquisicion que por la muger se pretende, respeto de que el derecho de patronazgo es indiuiduo, cap. 1. & ibi gloss. de iur. patronat. gloss. in cap. piæ mentis 16. quæst. 7. Y si se adquiere por el marido constante el matrimonio, tiene en el parte la muger, y la transmite a sus herederos, Palac. Rubios, in rubr. de donat. inter, §. 26. num. 23. Porque aũque sean derechos indiuiduos, quo ad substantiam, quoad exercitium diuidua sunt, Do. Couarr. variar. lib. 3. cap. 19. num. 5. ibi: *Ius patronatus Ecclesiastici: ius istud est etiam vxori commune: habetque in eo vxor partem indiuisam soluto matrimonio, iusque præsentandi, & idem in eius hæredes transmittit.* Y amplia la resolucion a qualesquiera derechos indiuiduos, ibi: *Sicque & in alijs indiuiduis, quæ vendi, & stimari possunt, vxor partem dimidiam habebit.* Matienç. in l. 5. titul. 9. lib. 5. recopil. gloss. 4. num. 5. Azeued. in l. 3. & 4. dict. titu. 9. lib. 5. num. 26. versic. *Nisi daremus casum.* Baeça, de decima, cap. 23. num. 21. & 22. Ioann. Garc. de coniug. acquiest. num. 165.

Y en

133 ¶ Y en terminos que se adquiera y comunique este derecho inter coniuges, tenet Cald. Pereir. lib. 3. cap. 17. Y no niega parte parte en el derecho de la emphiteusis à ambos coniuges, sino lo concede precissamente, aduirtiendo q̃ enel caso que propone elmarido adquirio la emphiteusis, ibi: *Petrus cum vxorem haberet emphiteusim emit.* Y muerto él marido nombró la muger por su propio derecho sucessor para la emphiteusis, ibi: *Vxor cum moreretur cognatum suum ad emphiteusim nominabit.* Y fue el pleyto entre el nombrado por la muger, y vn fideicomissario a quien el marido dexó sus bienes despues de la muerte de la muger, que pretendia la mitad. Y resuelue, que le pertenece, y se comprehende en el fideicomisso, y que se le ha de dar saltim stimationem, num. 18. ibi: *Ex qua resolutione consequens est in proposita quæstione maritum vxorem grauara, sine dubio potuisse dimidiam partem prædictæ emphiteusis emptæ, saltem per stimationem præstare quoniam pro ea parte erat emphiteusis ad quoscumque hæredes transitura, quo circa in fideicommisso continetur.* De que resulta, que ala muger se le adquiere este derecho pues se le concedio que nombrasse sucessor siendo ganado por el marido.

134 ¶ Y el señor Couarruuias, Matienço, Azeuedo, que en los lugares citados vbi proxime, dizen, que delos oficios de escriuanos, y otros semejantes, se cumple con dar a la muger la mitad de la estimacion, no resueluen porque sean ò no indiuiduos, si no por ser oficios que està prohibido alas mugeres vsarlos, y el venderlos era assimismo prohibido; y para que no quedassen defraudadas del derecho adquirido en ellos, se les auia de dar la estimacion; y oy que se permiten vender, no recibe duda pertenecerles, vt obseruat Ioann. Garc. de conig. acquæst. num. 67. ibi: *Constans enim iam hodie sententia est, vt officiá hæc, quæ vendi, & possunt, & solent veniant in dicio familiæ erciscundæ, & communi diuiduo, & continentur propriæ in vera ratione lucri, & acquæstus si constante matrimonio acquirantur.* Et ibi: *Idque etiam si officium precibus, non pecunia comparatum sit.*

135 ¶ Y esta resolucion es eneste caso mas precissa, respeto de que tiene el arrendamiento comoda diuision porque se puede adjudicar a cada vno el derecho de vna vida, para q̃ igualmente se diuida la ganancia, lo qual es conforme a derecho, que en semejantes casos dispone, quod quando diuisio rei commode fieri non potest alternis annis, vel certo tẽpore quisque possideat, & fruatur, l. Lucio, cum leg. seq.

ff. de

ff. de aqua quotidian. l. si cuius rei, §. sed si inter, ff. de vsu fr. l. communi diuidũdo 7. §. inter prædones, ff. commun. diui. ibi: *Inter eos conueniant caueantque per tempora se vsuros fruituros, hoc est, vt apud singulos mutuauice certo tempore sit vsufructus.* Alex. consil. 25. lib. 5. ex Bart. Bald. & alij Caldas Pereir. 4. p. cap. 10. num. 20.

136 ¶ Y la muger tendrâ mejor derecho para ser preferida en la primera vida, porque de todos los bienes que se adquieren constante el matrimonio (licet maritus sit administrator) tiene el dominio y possesion, l. 47. titul. 28. part. 3. versic. fin. vbi Greg. & in l. 55. tit. 5. p. 5. gloss. 2. quæst. 3. & ex hac lege Regia hęc oppinionem probabilem iudicat, D. Couarruu. lib. 3. cap. 19. num. 2. Ant. Gomez. in l. 50. Tauri, num. 76. & in l. 60. num. 1. Matienç. in l. 2. gloss. 3. à nu. 1. lib. 5. titu. 9. recopilat. Gutierr. lib. 2. quæst. 118. Parlad. lib. 2. cap. fin. â num. 14. Dom. Præs. consil. 13. â num. 6. Y teniendo dominio y possesiõ, deue ser preferida al acreedor que no tiene derecho real; vt ex l. quoties comprobatum est in simili in 2. fundamento.

137 ¶ Y no se podrà aprouechar el Licenciado Francisco del Castillo de la disposicion de la l. 5. titu. 9. lib. 5. recop. que permite al marido la enagenacion de los bienes ganançiales, y asi con el nombramiento fue visto enagenar. Porque el nombramiento no fue enagenacion por no auer tradicion verdadera ni ficta, como se ha fundado, y asi quedó el dominio apud maritum & vxorem, l. alienatum 67. ibi: *Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet*, ff. de verbor. signif.

138. ¶ Ad quartum fundamentum respondetur, que esse derecho està deduzido desde la primera instancia, como se manifiesta de las peticiones que se refirieron supra â num. 3. Y estando pedido y no contradicho, sino contestado, se deue determinar sobre el, l. solemus, ff. de iudic. vbi Bart. Y basta estar propuesto el hecho etiam sine petitione, vel conclusione, vt ex l. 10. tit. 17. lib. 4. recopilat. & alijs tenet Ioan. Garc. lib. 1. q. 101. n. 1. versi. *Sed nihilominus*, ex quibus vide tur in omnibus fundamentis iustitiæ D. Beatricis comprobata, vt in eius fauorem sententia feratur. Salua, &c.

Licenc. Baltasar de Villanueua.